UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA THÉORIE

DE LA

"CONSIDÉRATION"

EN DROIT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 15 novembre 1919, à 1 h. 1/2 du soir

PAR

RENÉ-JACQUES BRESSE

AVOCAT

Président : M. HUGUENEY, *Professeur*.

Suffragants : MM. JAPIOT, *Professeur*. — SCELLE, *Professeur*.

DIJON

IMPRIMERIE R. DE THOREY

5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

(Place Darcy)

1919

LA THÉORIE

DE LA

"CONSIDERATION"

EN DROIT ANGLAIS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LA THÉORIE

DE LA

"CONSIDERATION"

EN DROIT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 15 novembre 1919, à 1 h. 1/2 du soir

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

RENÉ-JACQUES BRESSE

AVOCAT

Président : M. HUGUENEY, *Professeur*.

Suffragants { MM. JAPIOT, *Professeur*.
SCELLE, *Professeur*.

DIJON

IMPRIMERIE R. DE THOREY

5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5

(Place Darcy)

1919

INTRODUCTION

« *United we stand.* » Pendant cinq années de lutte côte à côte, les peuples apprennent à se connaître, à s'estimer, à se comprendre. Les relations engendrées par la guerre se transforment, mais se prolongent. C'en est fait des théories égoïstes de « splendide isolement ». C'est pour la défense de leur vie commerciale, industrielle, financière que se sont unies les nations. C'est dans la sécurité chèrement acquise de cette vie que se développeront entre les peuples-frères des relations d'affaires toujours plus importantes.

Aux relations d'affaires sont liées les relations de droit. Plus que jamais, il est donc indispensable de connaître le droit de nos alliés, et spécialement le droit anglais, si différent à tous égards des législations continentales.

Si nous avions quelque doute sur l'intérêt de cette étude, le souvenir nous éclairerait de l'activité des « intellectuels » allemands qui, comme les soldats de leur pays, avaient leur Etat-Major

et leurs *stosstruppen*, qui, comme eux, avaient un plan de campagne : imposer leurs concepts et leurs théories propres aux juristes du monde entier, et dont l'offensive savamment menée pendant ces vingt dernières années semblait bien devoir être victorieuse. Sans méconnaître un instant la valeur d'érudition et l'homogénéité juridique du droit allemand, il faut attribuer au droit anglo-saxon une place que justifie son intérêt pratique et scientifique. Notre horizon en sera élargi, et nous risquerons moins d'accepter aveuglément des postulats souvent intéressés. « Rien n'est plus « intéressant et plus scientifiquement utile pour « le jurisconsulte français que l'étude historique « du droit privé de l'Angleterre. Le droit anglais « s'est formé des mêmes éléments que le nôtre, « quoique combinés dans des proportions diffé- « rentes : le droit germanique, les coutumes nor- « mandes, le droit canonique et le droit romain « en sont les éléments constitutifs. Mais il a suivi « une évolution toute particulière et toute origi- « nale. Par suite d'une organisation judiciaire « spéciale, par l'effet de la procédure ingénieuse « et subtile qui en est résultée, le droit anglais a « produit des catégories juridiques très différentes « des nôtres. Souvent, le résultat pratique, la « satisfaction donnée aux besoins économiques « et sociaux, sont devenus sensiblement les mêmes « en Angleterre et en France, comme il est natu-

« rel chez deux grandes nations voisines et éga-
« lement civilisées. Mais le but a été atteint par
« des moyens fort divers, par l'application de
« règles techniques fort différentes. Voilà ce qui
« fait pour nous l'attrait, et, en même temps, la
« difficulté des études historiques sur le droit anglais (1). »

Il serait difficile de comprendre cette évolution et la véritable nature du droit anglais actuel, si l'on n'avait présentes à l'esprit deux de ses particularités essentielles : tout d'abord, le droit anglais est un droit judiciaire, ce qu'exprime le vieux dicton : « *The bench gives the law to the bar* » ; d'autre part, jusqu'à la période la plus récente des temps modernes, deux juridictions ont existé parallèlement, créant une véritable dualité de législations.

Le droit anglais est un droit judiciaire, une *judge made law*. « Il y a une chose indéniable,
« dit M. Levy-Ullmann, c'est que ce sont les
« innombrables décisions des cours royales, dont
« on possède les premières relations dans Brac-
« ton (2) et dans la célèbre collection dite des
« *Year Books* qui remontent jusqu'au XIII^e siècle,
« qui constituent le facteur le plus important

---

(1) Esmein. *Revue historique du droit français*. 1893, p. 555.
(2) Bracton. *De legibus et consuetudinibus Angliæ*. London, 1640.

« dans la formation du droit anglais. C'est par « ces sept siècles de jurisprudence qu'il s'est éla- « boré ; c'est là qu'il a puisé son existence, sa « cohésion, son originalité (1). » On conçoit alors que dans cette *judge made law*, les précédents judiciaires aient une valeur insoupçonnée en droit français. L'autorité d'une décision judiciaire sur un cas de droit déterminé liera tous les tribunaux subordonnés à celui qui a prononcé la décision. Un tribunal de 1re instance ne pourra contredire une Cour d'appel. Et la Cour suprême elle-même, la Chambre des Lords, ne se reconnaît pas le droit de revenir sur sa propre doctrine. Mais il faut reconnaître à cette règle rigide, garantie précieuse d'ailleurs de stabilité, certains tempéraments. Il arrive que des précédents sont considérés comme périmés — ou, selon la pittoresque expression anglaise, « explosés » *(exploded)*. — Et les précédents sont souvent respectés dans leur forme beaucoup plus que dans leur fonds (2).

La seconde particularité essentielle du droit anglais est la coexistence, jusqu'à notre époque, de deux juridictions indépendantes, dont les décisions se basaient sur deux véritables législations :

---

(1) Lévy-Ullmann. *Bulletin lég. comparée.* Janv.-mars 1919, pp. 77 et 78.

(2) Cf. Decugis, *Bulletin lég. comparée*, janvier-mars 1919, pp. 101 et 102.

la *common law* et l'*equity law*. Ces deux systèmes de lois étaient également distincts et rivaux. La *common law* était la loi de la *curia regis*, donc la plus ancienne ; les tribunaux qui l'appliquaient étaient les *courts of common law*. L'*equity law* était la doctrine légale plus moderne de la Cour de Chancellerie, qui complétait et corrigeait souvent la *common law*. A vrai dire, sauf raison suffisante pour agir autrement, les Cours de Chancellerie jugeaient d'après les mêmes régles que les tribunaux de *common law* (*Aequitas sequitur legem*). Mais, souvent aussi, elles adoptaient des solutions différentes, si bien que le même litige pouvait être tranché différemment suivant qu'il était présenté devant l'une ou l'autre juridiction. Ce n'est qu'en 1873 que le *Judicature Act* mit en accord les règles de la *common law* et de l'équité, en fondant les deux juridictions et en sacrifiant d'ailleurs la première dans une large mesure, au profit des solutions souvent plus conformes à la justice et à la raison apportées par les tribunaux d'équité (1). M. Lévy-Ullmann rapproche ces derniers des tribunaux des préteurs romains, mais il fait remarquer que le droit d'équité ne s'est pas superposé à la *common law*, comme le droit préto-

---

(1) Sur la distinction de la *common law* et de l'*equity law*, cf. Salmond, *Jurisprudence*. London 1902, pp. 46 sq.

rien l'a fait pour la loi romaine préexistante, mais que les deux droits ont existé simultanément (1).

Malgré la fusion de la *common law* et de l'*equity law*, des traces de l'ancienne dualité se retrouvent à chaque instant dans le droit anglais. La connaissance de cette curieuse anomalie législative présente ainsi un intérêt pratique autant qu'historique.

De par son développement et sa formation même, le droit anglais peut donc être compté parmi les législations les plus originales. C'est dans la matière spéciale du fondement des obligations que nous trouverons une de ses théories les plus caractéristiques : la théorie de la *consideration*. Par une très large équivalence, elle peut être rapprochée de ce que le droit français intitulerait « la théorie de la cause dans les contrats non formels ». Mais nous verrons par la suite tout ce qu'une telle assimilation aurait d'artificiel.

Pour la classification des contrats d'après leur forme, le droit anglais, ignorant l'intervention des personnes publiques dans leur confection, part d'un principe qu'il ne faut pas confondre avec l'opposition entre contrats formels et non formels qui nous est familière. Il distingue, d'une part, les contrats dont la validité repose, en tout et pour tout, sur l'acte formel de leur conclusion dans une

---

(1) Lévy-Ullmann, *loc. cit.* p. 73.

forme déterminée, sans que, en règle générale, le fonds du contrat lui-même puisse être examiné, et, d'autre part, les contrats fondés sur l'accord de volonté des parties, pour lesquelles une condition primordiale de validité est établie : la *consideration.*

Pour fixer les esprits, au début de cette étude, sur la signification de ce terme technique, nous définirons *a priori* et sommairement la *consideration* : « une compensation, dont la loi a déterminé la nature, fournie par le stipulant, en échange de la promesse qui lui est faite ».

Il n'existe plus qu'une seule espèce de contrats formalistes (1). C'est le contrat scellé (*contract under seal*). L'acte par lequel se forme ce contrat est le *deed*, dont la force probante est absolue, et par conséquent, se passe de toute exigence ultérieure, y compris la *consideration.*

Pour tout contrat non scellé, écrit ou non, la *consideration* est indispensable.

Ainsi, la forme solennelle et la *consideration* sont deux conditions essentielles et alternatives de la validité des contrats. « On peut donc présumer « qu'elles sont fondées sur les mêmes raisons et « remplissent le même rôle. Elles sont établies

(1) Les autres contrats formalistes étaient les contrats *of record* (enregistrés), dont l'usage est depuis longtemps abandonné.

« comme une précaution contre le risque de don-
« ner une efficacité légale à des promesses incon-
« sidérées et à des légèretés de langage. La loi
« choisit certaines raisons et certaines présomp-
« tions, qui sont normalement suffisantes pour un
« consentement raisonné et délibéré, et enferme
« toutes les conventions valides, même non for-
« melles, dans ces limites. Dans tous les autres
« cas, elle demande la garantie de la forme solen-
« nelle (1). »

Quels furent l'origine et le développement de cette notion originale de *consideration ?* Comment la définir et quels sont ses caractères distinctifs? Quelle est enfin la valeur du système dont elle est la base par rapport aux systèmes français et allemand? Telles seront les grandes lignes de notre étude.

---

(1) Salmond, *loc. cit.*, p. 389.

CHAPITRE PREMIER

Historique.

Le droit anglaïs du Moyen-Age ne connaissait, comme le droit romain, que des actions rigoureusement déterminées, sortes de moules inflexibles auxquels devaient venir s'adapter, pour pouvoir être soutenues en justice, toutes les prétentions des plaideurs. Au XIII^e^ siècle n'existaient que deux catégories de contrats, assez analogues par leur division à la distinction romaine des contrats *re* et *litteris*. A ces deux classes de contrats correspondaient respectivement, pour le contrat *litteris*, l'action *of covenant* (1) donnée pour l'exécution du *deed* ou *specialty*, acte scellé établi et échangé selon des formes solennelles. « Cet acte subsiste « encore, assez peu altéré, dans le droit anglais « actuel, et sert à la fois comme mode de transfert « de la propriété et comme mode général de con- « tracter. Il opère naturellement, comme les actes « formels, sans aucune justification de cause (2). » Pour le contrat *re* était donnée l'action *of debt*,

(1) *Breve de conventione*, Henri III, 1272.
(2) Esmein, *loc. cit.* p. 557.

qui était « originairement une action en restitu-
« tion, une revendication contre celui qui détient
« la chose d'autrui (1) », et par laquelle il fut bientôt permis de poursuivre le paiement d'une somme déterminée (*certa pecunia*) due pour des marchandises déjà livrées, un travail effectué ou un prêt. Une des conditions nécessaires de cette action était donc une prestation, un *quid pro quo* obligatoire de la part du stipulant.

A côté de l'action *of debt* intervint une action, d'abord purement délictuelle, créée pour punir l'auteur d'une lésion matérielle infligée à une personne ou à une chose. C'était l'action *of trespass* (*de transgressione*) qui, élargie et quelque peu déformée, devint l'action *on the case*. « Cette
« action, au XIVe siècle, sert en cas d'exécution
« défectueuse (*misfeasance*) d'un pacte nu (respon-
« sabilité du batelier qui charge trop sa barque
« et fait périr la cargaison ; il est responsable,
« non à raison du contrat, mais du délit). Au
« XVe siècle, elle sert en cas d'inexécution (*non*
« *feasance*) (sous Henri VI (1422-61) responsabi-
« lité du charpentier qui n'achève pas de couvrir
« une maison). L'action s'appelle alors *of assump-*
« *sit*, par allusion à la responsabilité que l'on
« assume (2). »

Progressivement, l'action *of assumpsit*, plus

---

(1) Brissaud, *Manuel de Droit français*, Paris, 1904, II, p. 1410.

(2) Brissaud, *eod. loc.*, II, p. 1410.

facile à poursuivre en raison de son caractère délictuel, supplanta la vieille action *of debt* et fut donnée pour tous les cas de rupture de contrats non formels. Mais après même que le caractère délictuel de l'*assumpsit* se fut effacé, subsista l'exigence d'un dommage nécessaire éprouvé par le demandeur, d'une justification pour l'obligation créée par la promesse. Pour éprouver un dommage, le stipulant nécessairement devait avoir fourni quelque chose ou renoncé à quelque chose. Cette prestation positive ou négative se recouvre avec la contre-prestation obligatoire de la vieille action *of debt*. C'est pour désigner l'une ou l'autre que fut employé au XVI^e^ siècle le terme de *consideration*.

La théorie créatrice de la *consideration* était dès lors arrivée à son dernier stade de développement. Inapplicable aux contrats scellés, elle s'imposait à tous les autres contrats.

Mais sous quelles influences se fit l'évolution que nous venons de décrire? Quel fut le germe, le « principe créateur » de l'idée de *consideration* ? C'est un point fort discuté, et sur lequel nous trouvons plusieurs théories très divergentes. Notons d'abord une curieuse construction de M. O.-W. Holmes (1). Selon cet auteur, la *consideration* proviendrait d'une procédure exceptionnelle primitivement usitée pour administrer la preuve des

---

(1) O. W. Holmes. *The common law*. Boston 1881 pp. 253 sq.

seules dettes par simple contrat, à savoir le témoignage d' « hommes capables ». Cette preuve par témoins n'était employée que lorsque, en compensation à l'établissement de la dette, avait lieu un transfert de propriété. La règle se serait donc établie que lorsqu'une dette est prouvée par témoins, il doit y avoir compensation. Puis cette règle aurait été étendue aux autres contrats non formels, et à ceux-là seulement, les obligations scellées continuant à ne nécessiter aucune preuve, hors le sceau des contractants. Pour être ingénieuse, cette théorie ne laisse pas que d'être artificielle. « Plusieurs termes, dans le développement « ainsi esquissé, sont de pures conjectures. »(1) D'autre part, ainsi que le fait remarquer M. Esmein (2), il y avait une raison fort naturelle à ce que les témoins ne fussent employés que dans les contrats où s'opérait une remise de propriété par un des contractants, c'est que ces contrats étaient à cette époque les seuls reconnus, en dehors des contrats formalistes.

C'est dans une survivance du droit germanique qu'il faudrait trouver, selon plusieurs auteurs allemands, l'origine de la *consideration*. « *L'action* « *of debt*, prétend Hartmann, n'est pas, comme « l'a soutenu par exemple Langdell, empruntée « au droit romain, mais elle est de pure descen-

---

(1) Pollock. *Principles of the english law of contract*, 5e éd. p. 697.

(2) Esmein, loc. cit. p. 560.

« dance germanique. » (1) Et la *consideration* n'est qu'une généralisation des caractères de cette action. De même, un commentateur de la *Codification* de Jenks, M. Schirrmeister, explique que « c'est une vieille conception du droit germani- « que que les contrats ne sont pourvus d'action « que si une certaine forme solennelle est obser- « vée dans leur conclusion, ou si une contre-pres- « tation a été faite par celui qui veut retirer des « droits de ce contrat. Comme tant de concep- « tions du vieux droit germanique, cette idée s'est « maintenue vivante dans le droit anglais et a été « développée ensuite par lui d'une façon origi- « nale. Ce n'est pas une des moindres raisons de « la différence fondamentale du droit anglais avec « le droit continental, basé sur le système du « droit romain, et le droit écossais, auquel la « notion de *consideration* est inconnue. » (2). Si l'on objecte, continue-t-il, que le principe de la *consideration* a fait son apparition en droit anglais au plus tôt au Moyen-Age, on peut répondre « qu'il est possible que cette institution juridique « ait été seulement reconnue à cette époque, et « pour la première fois, par les tribunaux, mais « qu'elle ait existé depuis un temps plus ancien « dans les idées juridiques populaires. »

---

(1) Hartmann. *Grundprinzipien etc.* (*Archiv. für die civ. Praxis*) T. 77 p. 192.

(2) Schirrmeister. *Das bürgerliche Recht Englands. Kommentar...* Berlin, 1912, II, p. 35.

Dans cette construction, comme dans celle de M. Holmes, le moyen-terme fait défaut, et l'obscurité de cette survivance hypothétique et tendancieuse ne saurait nous satisfaire.

Schirrmeister lui-même semble s'en rendre compte, et il cherche, non plus dans le droit germanique, mais dans la conception romaine de la « *justa causa* », appliquée par les tribunaux d'équité, d'autres racines à la doctrine de la *consideration*.

La fortune au Moyen-Age et au début des temps modernes étant presque exclusivement foncière, c'était principalement de la propriété foncière et des droits y afférant qu'eurent à s'occuper les cours d'équité. Par une théorie toute particulière qu'elles établirent, la théorie de l'*use* (du latin « *opus* », par l'intermédiaire du vieux mot français « *oes* ») elles arrivèrent à restreindre et même à annihiler les droits fonciers donnés à une personne par une action formelle, au profit d'une autre personne, équitablement mieux qualifiée pour exercer ces droits. L'*use* pouvait aller jusqu'à conférer à celui qui l'exerçait tous les droits du propriétaire, tandis que ce dernier n'avait plus, en raison de son action formelle, qu'un droit fictif et pratiquement inutilisable.

Dans cette réaction contre le formalisme, les juges d'équité envisagèrent naturellement le fondement effectif du droit. Ce fondement effectif n'était autre que la *justa causa* du droit romain. Une vente avait-elle lieu, et l'acquéreur, ayant

payé le prix convenu, se trouvait-il dénué de toute action, parce que les formes solennelles du contrat n'avaient pas été observées? Les juges d'équité trouvaient dans le prix payé par l'acquéreur une *justa causa* et ils lui conféraient le droit de l'*« use »* sur la propriété. Au contraire, si une vente avait eu lieu selon les formes légalement prescrites et si le vendeur n'avait perçu aucun prix pour la propriété vendue, l'acquéreur ne pouvait alors se prévaloir d'aucune *justa causa* et le vendeur conservait l'*use*. « C'était donc la contre-« prestation qui, dans le droit d'équité, fournis-« sait le criterium pour la solution de l'affaire. Le « droit d'équité arriva à ne valider que les con-« trats dans lesquels une contre-prestation exis-« tait pour la prestation d'une partie. » (1) L'idée de *consideration* était née.

Il semble que cette dernière théorie de l'origine de la *consideration* ait réuni la majorité des auteurs. M. Salmond constate également l'existence de la *consideration* dans les décisions des cours d'équité, et il admet que cette notion n'était pas applicable seulement dans la matière spéciale de l'*use*, mais bien dans tous les contrats ressortissant de la large compétence de cette juridiction (2).

---

(1) Schirrmeister op. cit. II pp. 37 et 38.

(2) Salmond, *The history of contracts. Law Quaterly Review* p. 175. Dans le même sens Wertheim, *Wörterbuch des engl. Rechts*. Berlin 1899. V. *consideration*. Pollock, loc. cit. p. 691.

Mais si l'influence de la *justa causa* romaine paraît avérée dans les décisions des tribunaux d'équité, la question reste entière pour les actions de la *common law*. Il faut, avec M. Esmein, distinguer deux étapes dans l'évolution — « rechercher « d'abord comment l'exigence d'une *consideration* « s'introduisit dans l'*action of debt*, avant de se de- « mander comment elle pénétra dans la théorie de « l'*assumpsit* ; il y eut là deux développements dis- « tincts et successifs (1). »

En premier lieu, comment la *consideration* s'est-elle introduite dans l'*action of debt* ? Grâce à des principes sur le *pactum*, communs au droit anglais et au droit normand, et où nous retrouvons les éléments essentiels de la *consideration*. Dans un chapitre caractéristique du Grand Coutumier de Normandie (2) sur les *querelae ex contractu pacti et de rei obtentu* que M. Esmein signale fort judicieusement à notre attention, nous voyons que, d'une part, c'est le fait même d'avoir reçu la chose qui crée la dette, qui en est la « cause » : *est omnis talis quaerela aut ex debito aut ex restitutione* — que, d'autre part, il faut, pour l'existence même du contrat, que cette « cause » de dette existe et soit légitime : « *ex promisso autem nemo debitor* « *constituitur, nisi causa praecesserit legitima* « *promittendi. Nullus pro rei inhonestae actu* « *aliquid persolvere tenetur, nec actor ejus faven-*

(1) Esmein, loc. cit. p. 562.
(2) Composé entre 1270 et 1275.

« *das est, sed potius puniendus. Nec etiam pro-*
« *missio aliquem facit debitorem nisi causa pro-*
« *mittendi fuerit demonstrata* (1). » L'influence des théories romaines de la *condictio ob turpem causam* et de la *condictio sine causa* est évidente dans ce dernier passage. C'est encore par le souvenir d'une autre théorie romaine, celle des « contrats innommés » que furent sanctionnées, non plus seulement les dettes créées par la réception de la chose, mais toutes les promesses accompagnées d'un « *quid pro quo* ». On se rappelle en effet que le droit romain n'admettait que huit contrats nommés (2). Mais s'il ne les honora pas du nom de contrats, du moins arriva-t-il à valider les autres conventions synallagmatiques, toutes les fois qu'une des parties avait exécuté son obligation. C'est cette exécution partielle qui constituait la *causa*, et les légistes du Moyen-Age appelèrent ces contrats revêtus de la cause des *pacta vestita*, par opposition aux *nuda pacta* dénués de *causa*, et auxquels n'était donnée qu'une simple exception (3). Les juristes anglais et normands élargirent l'idée du droit romain jusqu'à valider les conventions dans lesquelles le promettant avait reçu un avantage pécuniaire du stipulant, avantage qui finit même par n'être parfois qu'une

(1) Grand coutumier de Normandie. Ch. XCI *De pactis.*

(2) Le prêt de consommation, le prêt à usage, le dépôt, le gage, la vente, le louage, la commission et la société.

(3) *Nuda pactio non parit actionem, sed parit exceptionem* (Ulpien).

simple étrenne (*earnest*). Une double influence a donc, en résumé, amené l'existence de la *consideration* dans l'*action of debt* : influence des principes du droit anglo-normand et influence des théories romaines de la *causa* et des contrats innommés.

De la seconde étape de l'évolution, le passage de la *consideration* dans l'*action of assumpsit*, M. Esmein donne une raison fort simple : « C'était, « dit-il, fatal, du moment que l'*assumpsit* perdit « son caractère d'action pénale, et fut donnée par « une simple *nonfeasance*. Sans cela, toute con- « vention eût été rendue uniformément obliga- « toire, et ce n'était pas ce que voulaient les « juges anglais (1). »

Mais une autre explication se conçoit, peut-être plus conforme à l'évolution de la doctrine, c'est d'admettre que justement en raison du caractère délictuel persistant de l'action, le demandeur, pour intenter l'action en dommages (la seule admise jusqu'au début des temps modernes) devait justifier d'une perte ou d'un sacrifice ; cette justification était apportée par la contre-prestation ou *consideration* qu'il avait fournie.

Parvenue à son complet développement, la doctrine de la *consideration* est encore à l'heure actuelle la théorie fondamentale du droit des contrats en Angleterre. Pendant la seconde moitié du

---

(1) Esmein, loc. cit. p. 563.

XVIII^e siècle, un éminent jurisconsulte, Lord Mansfield, faisant preuve d'une rare indépendance d'esprit, essaya pourtant d'écarter, tout au moins en partie, la *consideration*. D'après lui, elle ne constituait, somme toute, qu'une preuve de la volonté d'obligation. Si donc il est possible d'administrer cette preuve par d'autres moyens, un contrat dépourvu de *consideration*, mais pour lequel une preuve suffisante a néanmoins été apportée, doit être tenu pour valable. C'est surtout à propos des contrats commerciaux que Lord Mansfield essaya de faire prévaloir sa théorie : *in commercial cases amongst merchants, the want of consideration is not an objection.* La simple forme écrite devait être suffisante dans les contrats de commerce.

Lord Mansfield réussit à convaincre un jury qui, en avril 1765 (1), rendit un jugement écartant la *consideration*. Mais cette décision resta isolée, et la réaction ne tarda pas à se produire. Dès 1778, un arrêt de la Chambre des Lords (2) établit à nouveau, de la façon la plus absolue, la nécessité de la *consideration* pour tous les contrats non scellés. La tentative de Lord Mansfield avait donc échoué. Mais on a pu supposer, avec quelque raison, que si un juriste de cette autorité avait eu, un ou deux siècles auparavant, la même initia-

---

(1) Pillans c. Van Mierop, 3 Burr., p. 1663.
(2) Rann c. Hughes, 7, T. R. 350.

tive, le développement moderne du droit des contrats en Angleterre eût été totalement changé (1).

Remarquons pourtant que, si les contrats commerciaux ne sont pas dispensés de *consideration*, la lettre de change ou billet à ordre (*promissory note*) jouit, en droit anglais, d'un privilège exceptionnel sur les autres formes de *simple contracts*. En effet, « une lettre de change est toujours pré-« sumée « *prima facie* » avoir été donnée en « échange d'une *consideration* suffisante. Mais « cette présomption n'est pas irréfragable, et « l'obligé peut faire la preuve qu'il n'a pas reçu « de *consideration* ou une *consideration* insuffi-« sante pour son obligation (2). »

Cette exception aux règles ordinaires est justifiée par les exigences du commerce et par la « coutume des marchands (3). »

Dans le dernier état du droit, chaque contrat valide, d'après la loi anglaise, exception faite des contrats scellés, auxquels la doctrine de la *consideration* est inapplicable, doit donc être « réduc-« tible à la forme du marché suivant : « Je fais « quelque chose pour vous ; vous ferez quelque « chose pour moi (4). »

Cette contre-prestation sera le témoignage de la sincérité et de la pleine connaissance de cause des

---

(1) Cf. Wertheim, *op. cit.* V. *consideration.*

(2) Smith, *A compendium of mercantile law.* London, 1905, p. 322.

(3) Stevens, *Elements of mercantile law.* London, 1897, p. 15.

(4) Salmond, *op. cit.* p. 387.

contractants. Encore faut-il que cette contre-prestation soit jugée suffisante par la loi : « Ce n'est « pas assez qu'elle soit jugée suffisante par les « parties, car la loi elle-même a expressément « déclaré quels faits constituent une *considera-* « *tion* valable et suffisante pour le consentement, « et quels faits ne la constituent pas. Si les par- « ties sont amenées à conclure une convention « pour des raisons que la loi refuse de reconnaître « comme bonnes, tant pis pour la convention (1).» Il nous faut donc maintenant chercher à donner une définition de la *consideration*, telle que l'exige la loi anglaise actuelle, et déterminer les caractères essentiels d'une telle *consideration*.

---

(1) Salmond, *op. cit.* p. 387.

CHAPITRE II

La « consideration » dans le droit anglais actuel.

Pendant tout le cours de son développement, la notion de *consideration* s'est manifestée à nous comme possédant un caractère essentiellement objectif. C'est un « *quid pro quo* », une compensation à un avantage reçu. Rien n'est plus réaliste que ce « *do ut des* », rien ne laisse moins de prise aux influences sentimentales.

Par une extension regrettable, on a pourtant réuni sous la même dénomination une série de motifs purement psychologiques. Ce sont les *good considerations*, basées sur des sentiments de famille ou de morale, par distinction avec les *valuable considerations*, qui conservent leur caractère essentiellement onéreux.

Dans un des auteurs dont l'autorité est la plus grande en Angleterre, Blackstone, nous trouvons la définition respective des deux *considerations*. « La *consideration* est « bonne » (*good*), si elle « est, par exemple, fondée sur les liens du sang, « ou sur un amour, une affection naturelle, en « vertu duquel motif un homme cède une pro-

« priété à un proche parent par générosité, par « prudence et par une sorte de devoir naturel ; « elle est de valeur suffisante (*valuable*) si la con- « cession se fait pour une somme d'argent, ou en « raison d'un mariage, ou pour d'autres motifs « semblables, *considerations* que la loi regarde « comme un équivalent ; le motif est alors appuyé « sur la justice (1) ».

Si nous prenons donc la *consideration* dans son sens le plus large, c'est-à-dire comprenant à la fois les *good* et les *valuable considerations*, nous arriverons à admettre comme *consideration* légale toute raison, tout motif ou tout mobile honnêtes par lesquels un homme est amené à se lier par une convention ; « s'il vend sa maison, la *consi-* « *deration* de sa convention est la réception ou la « promesse du prix de vente ; s'il constitue une « pension à sa femme ou à ses enfants, c'est en « *consideration* de l'amour ou de l'affection qu'il « a pour eux. S'il promet de payer une dette « antérieure à sa faillite, la *consideration* de sa « promesse est l'obligation morale qui survit à la « libération légale envers ses créanciers... Aucune « convention faite en pleine connaissance et « liberté par un homme raisonnable ne peut être « dépourvue de quelque sorte de *considera-* « *tion* (2). » Sous l'illusoire exigence d'un simple

---

(1) Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (trad. Chompré. Paris, 1822, I, 3, p. 179.

(2) Salmond, *op. cit.* p. 386.

motif honnête de contracter, toutes les conventions non formelles se trouveraient sanctionnées. Est-ce là ce que veut la loi anglaise? Certainement non, et cette extension de la notion conduirait fatalement à sa disparition du domaine pratique. A l'heure actuelle, la jurisprudence, bien fixée dans le sens restrictif, n'admet plus les *good considerations*. Mais, avant d'en arriver là, il faut noter que deux sources au moins de *good considerations* ont été, pendant un certain temps, admises : la proche parenté et l'obligation morale.

En ce qui concerne la proche parenté, la décision-type est l'affaire Dutton contre Pool (1). L'héritier d'un bien foncier avait promis au détenteur du bien de payer 100 £ à la fille de ce dernier si, en revanche, le détenteur promettait de ne pas couper de bois sur la propriété. La fille intenta une action en exécution de ce contrat, et son action fut admise, bien que la *consideration* pour la promesse de l'héritier (c'est-à-dire l'engagement donné de ne pas couper de bois) n'émanât pas de la demanderesse (2), mais de son père ; et le tribunal motiva sa décision en disant : « qu'il en eût « peut-être été autrement décidé, si le paiement « de la somme avait été promis à un étranger, « mais que, par le fait de la proche parenté

(1) Dutton c. Pool. Sm. L. C. I, 131.

(2) Ce qui, comme nous le verrons par la suite, constituait une fin légale de non-recevoir.

« entre le père et l'enfant, on pouvait consi-
« dérer la demanderesse comme intervenue au
« contrat. »

Le revirement total de la jurisprudence sur ce point ressort d'un exposé de motifs du juge Wightmann, dans l'affaire Tweddle c/ Atkinson (1). William Guy et John Tweddle avaient convenu que le premier paierait 200 £ à William Tweddle, fils de John Tweddle et beau-frère de Guy. John Tweddle, d'autre part, devait payer au même William Tweddle, son fils, une somme égale de 200 £. Il fut de plus convenu que William Tweddle aurait la faculté de réclamer la totalité de la somme, soit à John Tweddle, soit à William Guy. William Guy mourut et William Tweddle intenta une action contre son exécuteur testamentaire. Mais il fut débouté, et le juge Wightmann en donna les motifs suivants : « Dans quelques décisions anciennes, le principe semble être posé qu'une personne n'ayant pas participé à la *consideration* d'un contrat peut néanmoins intenter l'action qui en découle, quand elle est si proche parente de la personne qui a fourni la *consideration* qu'elle peut être considérée comme y ayant pris part. Mais il n'y a aucune décision dans les temps plus modernes qui établisse cette règle. Au contraire, il est maintenant établi qu'une personne n'ayant pas pris part à la *consideration* ne

(1) Tweddle c/ Atkinson, 1861, I, B. P. 393.

peut tirer aucun avantage du contrat, même quand ce dernier est fait en sa faveur. » (1)

C'est sur l'initiative de Lord Mansfield — et nous ne nous étonnerons pas de retrouver ici un des plus grands adversaires de la *consideration* — que prit naissance, pour d'ailleurs disparaître rapidement, tout au moins en tant que règle générale, la théorie de la *moral obligation*, seconde source des *good considerations*.

Selon Lord Mansfield, une promesse de dette, au paiement de laquelle le promettant ne se trouvait pas tenu juridiquement, mais seulement de par les lois de la morale, devait pouvoir être poursuivie en justice. Toute obligation morale constituait une *good consideration*.

Dans l'affaire Lee c/ Muggeridge (2), une femme mariée avait fait, alors qu'elle était encore dans les liens du mariage, une promesse nulle de par son incapacité. Devenue veuve et par conséquent capable, elle fit une nouvelle promesse de payer la somme qui avait été prêtée à son fils par feu son époux. Lord Mansfield déclara cette seconde promesse valable, parce que la femme était en

---

(1) Notons que la loi des Indes orientales (1er septembre 1872) reconnaît au contraire des promesses faites *en consideration* de l'affection lorsque les parties sont de proches parents, pourvu que ces promesses soient faites par écrit et enregistrées. (Barclay et Dainville : *Les effets de commerce en droit anglais*, Paris, 1884, p. 32.)

(2) Lee c/ Muggeridge, 5 Taunt 36.

conscience tenue de rembourser la somme prêtée par son mari.

La décision postérieure de l'affaire Eastvood c/ Kenyon (1) écarta définitivement cette théorie. Eastvood avait, pendant qu'il exerçait sa tutelle sur une pupille, fait des dépenses pour l'amélioration de la propriété foncière de cette dernière. Pour subvenir à cette dépense, qu'il avait faite de son plein gré, il dut emprunter de l'argent et signer une reconnaissance de dette. Parvenue à sa majorité, la pupille se maria, et son mari promit de payer la dette dont s'était grevé le tuteur. Puis il refusa de s'exécuter, et la Cour lui donna raison, estimant que l'obligation morale contractée par la pupille ne constituait pas une *consideration* suffisante pour la promesse du mari (2).

A l'heure actuelle, et en règle générale, une simple *good consideration* fondée sur la parenté ou la morale, ne peut donc être susceptible de donner naissance à un contrat valable. Comment définir la *valuable consideration*, *consideration* objective, seule créatrice d'obligation ?

La Cour de l'Echiquier, en 1875, a donné de la *consideration strictly so called* une définition en quelque sorte classique, et que l'on trouve rapportée dans la majorité des traités :

---

(1) Eastvood c/ Kenyon. 11 A et E 438.

(2) L'influence persistante de la doctrine de la *moral obligation* s'affirme pourtant dans certaines solutions exceptionnelles (obligation du mineur, du failli, et question du paiement de la dette prescrite) que nous étudierons par la suite (*infra*, p. 44).

« Une *valuable consideration*, dans le sens de « la loi, peut consister ou bien dans quelque droit, « intérêt, profit ou bénéfice acquis par l'une des « deux parties, ou bien dans quelque interdiction, « moins-value, perte ou responsabilité imposée. « soufferte ou supportée par l'autre partie (1). »

En admettant cette définition, il suffirait donc, pour créer une *consideration* valable, ou bien d'un avantage acquis, ou bien d'un dommage éprouvé, « d'un gain ou bénéfice pour le promettant en ma- « nière de récompense pour la charge de la pro- « messe, ou bien d'une perte ou d'un désavantage « pour le stipulant, pour qui le bénéfice promis est « une récompense(2). » Chacune de ces deux conditions serait ainsi, par elle seule, suffisante pour créer la *consideration.* Mais cette définition ne tient pas compte d'une évolution fort remarquable qui s'est produite dans la récente jurisprudence. « Pendant près d'un siècle, remarque M. Whar- « ton, il a été décidé qu'une *consideration* devait « être soit un avantage du promettant, soit un « désavantage du stipulant. Graduellement, on « s'aperçut que la première alternative était super- « flue et que l'avantage du promettant ne consti- « tuait pas une *consideration,* s'il n'y avait pas « désavantage pour le stipulant ;... il se peut que « le promettant soit avantagé ou non par le con- « trat, mais il doit y avoir un désavantage pour

(1) Currie c/ Misa, 1875, L. R. 10. Ex. p. 162.
(2) Salmond, op. cit., p. 389.

« le stipulant... *The proper test is a detreement* « *to the promisee* (1). »

Ce point paraît ne plus être sérieusement contesté à l'heure actuelle (2). Anson, après avoir cité la définition de la Cour de l'Echiquier, ajoute en commentaire : « Donc la *consideration* est une « chose faite, abandonnée ou supportée par le « stipulant, ou que le stipulant a promis de faire, « d'abandonner ou de supporter par égard à la « promesse (3). » De ce qu'il ne fait aucune allusion au simple avantage du promettant, on peut présumer qu'il exclut ce moyen en tant que *consideration*.

Pollock, à propos de la même définition, remarque : « La seconde partie de cette définition « judiciaire est réellement la plus importante. La « *consideration* ne signifie pas tant qu'une partie « reçoit un avantage, mais que l'autre partie « abandonne quelque droit donné par la loi, « dans le présent, ou limite sa liberté d'action « légale dans le futur, comme compensation à la « promesse de son co-contractant (4). »

Schirrmeister, dans son commentaire sur la *Codi-*

---

(1) Warthon. *Commentary on the law of contract*, p. 668.

(2) Cf. en ce sens : Leak (*On contracts*, pp. 429 et 430). Addison. (*A treatise on the law of contract* London, 1903, p. 2). Schuster. (*Busch's Archiv für Handelsrecht*, vol. 46, p. 129). *Contra :* Chitty (*On contracts*, p. 21).

(3) Anson. *Principles of the english law of contracts*. Oxford, 1903, p. 87.

(4) Pollock. Op. cit., p. 168.

fication de Jenks, donne de la prépondérance de ce désavantage du stipulant une explication fort judicieuse : « Ce n'est pas le fait que celui qui a « fait la promesse reçoit quelque chose, mais bien « que celui qui reçoit la promesse fournit quelque « chose ou renonce à quelque chose qui prouve « que la promesse a été faite en pleine liberté et « après mûre réflexion. Lorsqu'une prestation ou « une abstention d'une partie constitue la *consi-* « *deration* d'une promesse ou d'une abstention « de l'autre partie, il est admis que le stipulant « qui a renoncé à quelque chose ou fourni quel- « que chose a envisagé la promesse [à lui faite] « comme sincèrement voulue et réfléchie, et que « cette circonstance de fait *(Tatsache)* a constitué « un avertissement pour le promettant que sa « promesse était tenue pour telle — si bien que la « promesse a été rendue obligatoire non parce « qu'elle a été pleinement voulue, mais parce « qu'elle a été envisagée comme telle par le stipu- « pulant, d'une façon évidente pour le promet- « tant (1). »

La définition de la Cour de l'Echiquier ne correspond donc pas à la véritable essence de la *consideration* actuelle. C'est à la *Codification* de Jenks que nous emprunterons une définition plus adéquate : « Une partie reçoit une *consideration* « pour sa promesse, lorsque le stipulant fait,

---

(1) Schirrmeister, op. cit. II, p. 36.

« abandonne ou supporte quelque chose, ou lors-
« qu'il promet de faire, d'abandonner ou de sup-
« porter quelque chose, en compensation de la
« promesse qui lui est faite, et au moment de
« cette promesse (1). »

L'acte du stipulant est seul envisagé ; c'est lui qui forme obligatoirement la compensation ; un vieil adage exprime cette exigence : « *The consideration must move from the plaintiff.* » La *consideration* doit provenir du stipulant.

Mais, dès lors que nous admettons cette définition, une question se pose immédiatement. Qu'adviendra-t-il en cas d'intervention de tiers au contrat ?

Supposons une promesse faite par A à B, « *en consideration* » d'une somme d'argent payée par un tiers C au promettant A. Cette promesse ne crée pas de contrat valable entre A et B, parce que B ne peut exciper d'aucune *consideration* donnée en compensation de la promesse faite par A. Dans les rapports mutuels de A et de B, la convention est purement unilatérale, et la loi anglaise se refusera à la sanctionner. Sera-ce en raison du défaut de « lien de droit » entre A et B (le *vinculum juris* du droit romain) ? Non, mais parce que B, n'ayant subi aucun désavantage, ne peut se prévaloir de la promesse de A.

Supposons même B partie au contrat. Une pro-

---

(1) Jenks, *Codification*, § 204 (commentaire de Schirrmeister, II, p. 38).

messe a été faite conjointement par A à B et à C, mais la *consideration* pour cette promesse n'a été fournie que par C seulement. Le même défaut de *consideration* se retrouve du côté de B ; bien qu'il ait un lien de droit avec A, il ne pourra pourtant lui réclamer l'exécution de sa promesse (1).

L'application logique et rigoureuse du principe ne conduit donc pas à moins qu'à l'impossibilité de toute cession de créance. Mais *common law* et *equity law* ont apporté de tels palliatifs à cette exigence qu'à l'heure actuelle, la cession de créance est pleinement assurée et régulière en Angleterre. La *common law* autorisa d'abord le cessionnaire à intenter une action au nom du cédant, sous la seule condition d'avoir « un intérêt pécuniaire » au paiement de la créance. Le *Judicature Act* de 1873 donna à tout cessionnaire, possesseur d'un acte écrit de cession, les mêmes droits qu'au créancier primitif. Le droit d'équité, par la théorie de l'*equitable assignment*, avait de son côté admis l'action du cessionnaire, même au cas de refus du cédant de laisser agir le cessionnaire en son nom, et la cession même orale fut validée. Donc, dans le dernier état du droit, toutes les cessions de créance sont validées par les tribunaux.

Ces tempéraments à la rigueur de la doctrine, tempéraments indispensables à la vérité au fonc-

---

(1) M'Coubray c. Thomson. Sm. L. C., I, 144.

tionnement de la vie économique, étant mis à part, il n'en reste pas moins que le principe essentiel de la *consideration,* dans les cas où la loi exige qu'il y en ait une, est le désavantage du stipulant, causé par une prestation ou une abstention de ce dernier. Mais encore est-il nécessaire de déterminer les conditions exigées par la loi, qui feront de cet acte positif ou négatif du stipulant une *consideration* valable pour la promesse qu'il reçoit. Suivant la division adoptée par Anson, on peut grouper ces conditions sous trois chefs principaux.

§ I. La *consideration* fournie par le stipulant ne doit pas être *past.* Elle doit toujours être présente, qu'elle soit par ailleurs « exécutée » ou « à exécuter ».

§ II. La *consideration* doit être réelle, encore que la loi ne se préoccupe pas de son rapport de valeur avec la promesse correspondante.

§ III. La *consideration* doit être légale, c'est-à-dire ne doit pas être contraire aux règlements, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

L'étude successive et détaillée de ces trois conditions nous fournira le criterium de la *consideration* du droit anglais actuel.

§ I.

En premier lieu, la *consideration* ne doit pas être *past.*

Les conditions d'un contrat onéreux peuvent se

concevoir de plusieurs façons différentes. Prenons l'exemple classique de la vente d'un cheval ; le cheval, d'une part, le prix de ce cheval de l'autre, sont les *considerations* réciproques des promesses des deux contractants. A, vendeur, accepte de vendre le cheval à B, acheteur. Il reçoit de B le prix du cheval et fait livraison de la bête. C'est l'hypothèse la plus simple, et qui ne saurait soulever aucune difficulté. Mais, le plus souvent, les choses ne se passent pas ainsi. A peut faire crédit à B, c'est-à-dire qu'il lui livrera le cheval contre une promesse de B de payer le prix dans l'avenir ; ou bien B paiera à A le prix du cheval, qui ne lui sera livré que plus tard ; ou bien A et B n'échangeront que des promesses réciproques, l'un de payer le prix, l'autre de livrer la bête.

Dans toutes ces formes de conventions, une *consideration* présente existe, car elle peut aussi valablement consister dans la promesse de livrer le cheval ou de payer le prix que dans le paiement actuel du prix ou la livraison immédiate du cheval. « Une promesse obligatoire de donner quelque chose de valeur est elle-même une *consideration* de valeur (1) » et il a été admis dès la fin du XVII[e] siècle que deux promesses réciproques pouvaient constituer l'une pour l'autre une *consideration* et que seule la promesse unilatérale constituait un *nudum pactum* (2).

---

(1) Salmond, *op. cit.* p. 390.
(2) Hartmann, *loc. cit.* p. 215.

Mais si l'une des parties a, sous forme d'offre ou d'acceptation, accompli sa part d'obligation, de telle sorte que l'autre partie ait encore seule à accomplir la sienne, il y aura *executed consideration* (1).

Lorsque l'engagement est pris à raison, non d'un fait ou d'un acte accompli, mais d'un simple engagement de l'autre partie, de telle sorte que les deux parties demeurent également obligées et tenues l'une envers l'autre à un acte futur, il y a *executory consideration* (2). La forme du contrat, si la *consideration* est *executed*, sera : « *En consideration* de ce que vous faites pour moi, je vous promets de faire ceci pour vous. » Quand la *consideration* est *executory*, la forme sera : « *En consideration* de ce que vous promettez de faire pour moi, je vous promets de faire ceci pour vous (3). »

Il va sans dire que les principes émis à propos des *considerations* positives (prestations) valent également pour les *considerations* négatives (abstentions). Nous pouvons donc, adoptant la définition donnée par Jenks dans sa *Codification*, dire que « lorsque la *consideration* consiste en une « chose déjà faite ou subie, elle est désignée sous

---

(1) « Et non *executed contract*, comme il a été dit improprement. En effet, chaque contrat est, par sa nature même, *executory*. Quand il est rempli, il cesse d'exister. » (Schirrmeister, *op. cit.*, II, p. 41.)

(2) Lehr et Dumas, *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1906, II, p. 109.

(3) Cf. Salmond, *op. cit.* p. 390.

« le nom d'*executed consideration*; lorsque la « *consideration* consiste en une promesse de faire, « de ne pas faire ou de supporter quelque chose, « on la nomme *executory consideration*. Une *exe-* « *cutory consideration* devient, par son accom- « plissement *(performance)*, une *executed consi-* « *deration* (1). »

Remarquons que, en cas d'*executory consideration*, le contrat peut demeurer éventuel. Le cas se produit s'il y a par exemple offre par un commerçant à un autre commerçant qui accepte cette offre de livrer à tel prix les marchandises que ce dernier jugera bon de lui commander. Celui qui fait l'offre est lié, mais si celui à qui l'offre est faite n'en profite pas, le contrat peut demeurer indéfiniment sans s'accomplir.

Que la *consideration* soit *executed* ou *executory*, elle n'en est pas moins toujours une *consideration* présente. « En effet, la *consideration* « *executory* n'est autre que la promesse présente « d'une partie de faire quelque chose en raison de « la promesse présente de l'autre partie (2). » Mais supposons une *consideration* fournie par le stipulant antérieurement à la promesse. Cette prestation positive ou négative sera-t-elle toujours valable en tant que *consideration*, même si elle est très reculée dans le temps, même si, à l'épo-

---

(1) Jenks, *Codification*, § 205 (commentaire de Schirrmeister, II, p. 41).

(2) Holland. *Elements of jurisprudence*. London, 1904, p. 269.

que où elle fut consentie, le stipulant n'envisageait pas la promesse actuelle ?

Pour que la *consideration* antérieure soit susceptible de servir de *consideration* à la promesse actuelle, la loi anglaise exige que cette *consideration* déjà fournie soit liée à la promesse. C'est l'existence obligatoire de ce lien de droit qui différenciera la *consideration executed* et valable, et la *consideration* qu'il sera impossible au stipulant d'invoquer parce qu'elle fait partie du passé, parce qu'elle est *past*. « La *past consideration* « n'est plus une *consideration*. Elle ne peut plus « impliquer aucun avantage pour celui qui s'en« gage, ni aucune charge pour celui au profit de « qui l'autre partie s'engageait (1). » La prestation passée, et non reliée à la promesse présente, est impuissante à former une *consideration*. Il y a dans ce cas deux contrats distincts : un premier contrat à titre gratuit, une libéralité sans *consideration*, par laquelle le stipulant actuel a fait un don au promettant ; le second contrat qui voudrait s'appuyer sur ce don autrefois reçu par le promettant et en faire une *consideration*, ne peut être qu'un contrat également gratuit, fait cette fois par le promettant, par un simple sentiment d'honneur ou de gratitude, déterminant un retour pour des bienfaits reçus. « Le simple service « volontaire n'est pas suffisant pour justifier une

(1) Lehr et Dumas *op. cit.* II, p. 110.

« promesse subséquente (1). » Si donc une personne a donné volontairement une somme d'argent à une autre personne, et que cette dernière promette par la suite de restituer la somme à elle payée, cette promesse n'est pas susceptible d'être poursuivie en justice. « Sur la prestation antérieure, qui n'était pas faite en vue d'une restitution, la promesse de paiement ultérieure ne « peut être fondée (2). » Les raisons de reconnaissance ou d'intérêt passé ne sont pas admises. « Il y a motif et non cause au sens du droit anglais (3). »

Si donc nous voulons établir la distinction — souvent difficile, et qui, dans la plupart des cas, se résoudra dans une simple question de fait — entre l'*executed consideration* valable et la *past consideration* inopérante, il nous faudra prouver, à l'appui de l'*executed consideration*, non seulement que la prestation antérieure était susceptible de former une *consideration*, non seulement que la promesse ultérieure a été faite en vue de la prestation antérieure, mais encore et surtout que le stipulant, au moment où il effectuait cette prestation antérieure, l'effectuait en vue de la promesse ultérieure. C'est la condition *sine qua non* qui permettra d'établir le lien déterminant la cohésion du contrat.

---

(1) Stevens. *Op. cit.*, p. 18.
(2) Schirrmeister. *Op. cit.* II. p. 41,
(3) Lehr et Dumas. *Op. cit.* II, p. 110.

A l'encontre de cette règle générale, une décision que certains auteurs considèrent encore comme le *leading case* en la matière (1), bien qu'elle date de 1615, a servi de base à la théorie dite de la *consideration upon request*, d'après laquelle il fut admis qu'une *consideration* passée peut servir de base à un engagement ultérieur, si cette *consideration* a été donnée à la demande (*upon request*) de la personne qui s'est engagée.

Dans l'affaire à propos de laquelle est intervenue cette décision (2), le défendeur avait commis un meurtre. Il pria le demandeur de s'interposer pour obtenir sa grâce auprès du roi. Le demandeur fit dans ce but le voyage de Londres à Roiston, où se trouvait alors le roi, et s'employa à obtenir la grâce du défendeur. Par la suite, le défendeur promit à son avocat bénévole la somme de 100 £, *en consideration* de la peine qu'il avait prise. Mais au moment de s'exécuter, il refusa, en alléguant que la *consideration* de son obligation était *past*. La Cour condamna le défendeur à payer les 100 £, parce que la libéralité volontaire (en l'espèce, la peine prise et les démarches faites par le demandeur) avait été faite à la demande expresse du défendeur, ce qui rendait la promesse de ce dernier obligatoire, encore que la *consideration* fût *past*.

La majorité des auteurs est d'accord pour cri-

---

(1) Lehr et Dumas. *Op. cit.* II, p. 111.
(2) Lampleigh c/ Brathwait. I. Sm. L. C. 67.

tiquer vivement cette décision. Anson (1) ne trouve, pour confirmer la règle qu'elle inaugure, qu'une seule décision dans les temps modernes (2). Pollock (3), Schuster (4) considèrent la *consideration upon request*, comme une « inconséquence déplorable » dans la théorie générale de la *consideration*.

Mais en prenant argument d'une des phrases même de l'exposé de motifs dans l'affaire Lampleigh c. Brathwait, qui déclare la promesse ultérieure obligatoire, « parce que cette promesse ultérieure n'est pas isolée, mais se lie d'elle-même à la demande antérieure », on peut donner de cette décision une interprétation qui ne contredit en rien les principes généraux de la *consideration*. La promesse de prestation, nous dit-on, est obligatoire, « parce qu'elle se lie à la demande ». Ne peut-on concevoir, par le fait même de cette demande, un engagement tacite d'indemnisation de la peine, des déboursés, etc. de la personne qui rend le service demandé ? « La promesse de paiement ultérieure n'est alors qu'une preuve de la volonté du défendeur — déjà existante au moment de la demande — de récompenser le demandeur de sa prestation (5) » et les 100 £ promises ulté-

(1) Anson. *Op. cit.*, p. 110.
(2) Bradford c/ Roulston, 1858. 8 Jr C. L. 468.
(3) Pollock. *Op. cit.*, p. 181.
(4) Schuster. *Op. cit.*, pp. 141 et 145.
(5) Schirrmeister op. cit. II p. 64.

rieurement ne sont que la base établie pour un dédommagement convenable. Ce point de vue semble bien être celui qui a guidé les juges dans leurs décisions ultérieures. Schirrmeister cite les commentaires d'un juge dans une affaire plus récente (1), qui, parlant de la vieille décision Lampleigh c. Brathwait, déclare : « L'originalité « de cette décision consiste dans le lien d'une pro- « messe ultérieure avec une considération anté- « rieure, après que celle-ci a été effectuée. Proba- « blement, en présence de pareils services rendus « à la suite de sollicitations, la fiction juridique « fut établie d'une promesse d'indemnisation, « dans la mesure de la valeur du service, et la « promesse ultérieure d'une somme déterminée « fut considérée par les juges comme un moyen « de preuve pour en établir ensuite le montant. »

Une autre décision de 1835 (2) confirme cette conception. Dans cette dernière espèce, le demandeur avait donné au défendeur, sur la demande de ce dernier, une lettre dont le défendeur pouvait se servir dans un procès. A l'aide de cette lettre, le défendeur eut gain de cause, et en récompense, il promit au donneur de la lettre la somme de 1.000 £. Puis il se ravisa, et argua du défaut de *consideration*.

Mais il fut condamné à payer les 1000 £, car le

---

(1) Kennedy c. Brown 13 C. B. N. S. 677, cité par Schirrmeister op. cit. II, p. 44.

(2) Wilkinson c. Oliveira I Bing. N. C. 490.

tribunal admit que l'intention du demandeur avait été de ne donner la lettre que moyennant une compensation correspondante.

Nous nous trouvons ainsi fondés à déduire qu'à l'époque de la demande du défendeur, un contrat valable avait été formé : celui résultant de l'offre que constituait cette demande même, offre dont l'acceptation par le demandeur est prouvée par la remise de la lettre. La promesse postérieure ne donne que la mesure d'appréciation de la compensation exigible.

La *consideration upon request* ne forme donc pas une exception aux principes généraux de la *consideration*. L'action en exécution de la promesse ultérieure ne peut être fondée sur la prestation antérieure du stipulant que si l'on considère cette demande antérieure comme une offre acceptée par l'accomplissement de l'acte demandé. Le même raisonnement s'applique à une doctrine connue sous le nom de *consideration upon implied request* que quelques auteurs (1) soutiennent encore actuellement, et qui admet comme *consideration* valable une prestation passée, non seulement lorsqu'il y a sollicitation expresse du promettant, mais encore quand cette sollicitation peut être légalement présumée *(legally implied)*. Cette présomption légale se résume en une fiction juridique d'une offre antérieure faite par le promettant et acceptée par le stipulant.

---

(1) Cf. Addison op. cit. p. 7.

Au principe général de l'exigence d'une *consideration* présente, il y a pourtant de véritables exceptions. Lorsque le mineur et le failli, jusqu'à une date relativement récente, confirmaient (après majorité pour le mineur, après concordat pour le failli) la dette ou le reliquat toujours à leur charge, mais dont ils étaient légalement dispensés, l'un par sa minorité, l'autre par le concordat, cette dette antérieure était admise comme *consideration* valable de leur nouvel engagement.

A l'heure actuelle encore, une dette prescrite peut être revivifiée par une nouvelle promesse de paiement, intervenu après le temps de prescription. Dans tous ces cas, pourtant, qu'il s'agisse de la dette du mineur, du failli, ou prescrite, ces obligations antérieures appartiennent au passé, sont *past*, et par conséquent inopérantes en tant que *considerations*. Comment a-t-on néanmoins admis leur exceptionnelle efficacité ?

Plusieurs auteurs (1) ont invoqué, pour expliquer cette anomalie, l'idée d'une renonciation à un avantage légal. Le juge Parke, motivant la décision de l'affaire Earle c. Oliver (2) déclare : « lorsque la *consideration* a apporté un avantage « au promettant, et que celui-ci est protégé par « une disposition particulière de la loi ou de la

---

(1) Anson op. cit. p. 117. Pollock op. cit. p. 182. Schuster loc. cit. p. 146. Lehr et Dumas op. cit. II, p. 112.

(2) Earle c. Oliver 2 Ex. 71.

« *common law*, il peut renoncer au privilège de « cette disposition. »

Mais Schirrmeister fait à fort juste titre observer que « cette hypothèse ne paraît pas sans difficulté, « car une renonciation nécessite, pour être vala- « ble, une *consideration*, et si l'on explique de « cette façon que la promesse unilatérale de payer « une dette soit exceptionnellement valable, il « faut également établir une exception au principe « que la renonciation n'est valable que contre « *consideration* (1). »

Avec cet auteur, nous admettrons que les solutions exceptionnelles qui précèdent dérivent d'une survivance de la doctrine apportée par Lord Mansfield et que nous avons étudiée sous le nom de doctrine de la *moral obligation* (2). Si, dès 1840, cette doctrine a été, en tant que règle générale, définitivement écartée, il n'est pas moins difficile de justifier autrement la validité de ces *past considerations* que par l'idée d'une obligation morale supérieure, qui domine les obligations légales et leur survit (3).

Des dispositions législatives récentes ont d'ailleurs supprimé la majeure partie de ces exceptions : L'Infant's Relief Act. (St. 37 et 38. Vict. c. 62) a interdit en 1874 la confirmation par le majeur de ses dettes contractées en état de minorité.

---

(1) Schirrmeister op. cit. II, p. 46.
(2) Cf. *supra* p. 27.
(3) Dans ce sens : Salmond op. cit. p. 388.

Le statut 12 et 13 Vict. c. 102 § 204 a de même décidé qu'un failli ne pourrait s'engager valablement à rembourser tout ou partie des dettes qu'un concordat lui avait remises.

Mais le *statute of limitations* a laissé subsister la validité de l'engagement ultérieur de remboursement d'une dette prescrite. Toutefois, pour être valable, cette nouvelle promesse de paiement doit, aux termes du *lord Tenterden's Act* (1) être faite par écrit, à moins que la reconnaissance ne résulte d'un paiement partiel. De plus, il faut remarquer que « c'est la nouvelle promesse (et non « l'ancienne dette) qui demeure la mesure du « droit du créancier, c'est-à-dire que lorsque le « débiteur promet de payer l'ancienne dette, « aussitôt qu'il lui sera possible, ou bien par ter« mes ou en deux ans au moyen de fonds déter« minés, le créancier ne peut demander davan« tage que cette promesse ne comporte (2). »

Nous avons jusqu'à présent envisagé successivement le cas de la promesse et de la *consideration* fournies simultanément, et de la promesse ultérieure par rapport à la *consideration* antéricure. Reste à étudier l'hypothèse de la promesse antérieure et de la *consideration* ultérieure.

En effet, il peut y avoir eu promesse, sans *consideration* coexistante. Plus tard le contractant qui a reçu cette promesse antérieure fait une presta-

---

(1) St. 9 Geo IV c. 14.

(2) Wigram dans Philipps c. Philipps 1884 3 Ha 281.

tion positive ou négative, ou fait de son côté une promesse. Pour que cette prestation ou cette promesse ultérieure puisse valablement former la *consideration* de la première promesse, il faut établir, d'une part que le stipulant a fait sa promesse ou sa prestation ultérieure en vue de la promesse antérieure dont il réclame l'exécution, et d'autre part que le promettant antérieur a bien accepté cette prestation du stipulant comme *consideration* à sa promesse antérieure. Si ces preuves font défaut, le lien nécessaire manque entre la promesse et la *consideration* correspondante : nous nous trouvons en face de deux contrats distincts, également dépourvus de *consideration*.

Lorsque les deux conditions précédentes sont réunies, « la promesse est subordonnée à la dation « de la *consideration*, et n'est ainsi finalement « faite qu'au moment où la *consideration* est effec- « tivement donnée. Ainsi, par exemple, la pro- « messe de récompense pour le recouvrement « d'un objet perdu (1). »

§ II.

Le second caractère de la *consideration* valable est qu'elle doit être « réelle ». Doit-on entendre par là que la *consideration* doit avoir une valeur objective, qu'elle doit constituer une augmentation

---

(1) Salmond op. cit. p. 391 note 8.

de patrimoine ou de droits pour celui à qui elle est fournie ? Telle n'a certainement pas été la pensée du législateur anglais. Pour comprendre certaines solutions d'apparence un peu choquante, il faut penser que toutes les exigences de la loi anglaise à propos de la valeur de la *consideration* sont établies par rapport au principe essentiel sur lequel nous avons insisté en définissant la *consideration*, à savoir que l'élément décisif de la *consideration* valable n'est pas un avantage pour le promettant, mais un désavantage pour le stipulant. Peu importe que la *consideration* profite au promettant ou à un tiers ; il suffit que le stipulant ait « fait, abandonné ou souffert quelque chose », à titre de *consideration* de l'engagement du promettant, et que cet abandon de choses ou de droits soit susceptible de valeur en tant que chose ou prestation.

« La loi ne veut pas sanctionner une promesse « en échange de laquelle le promettant ne reçoit « rien, mais si ce dernier obtient ce pour quoi il « a contracté, la loi ne l'autorise pas à dire que « c'est insuffisant. En ce qui concerne les valeurs « relatives de la promesse et de la *consideration*, « tout ce qui satisfait les parties satisfait égale- « ment la loi (1). » C'est cette idée qu'on a exprimée par la formule : « la *consideration* doit être réelle, mais n'a pas à être adéquate ».

---

(1) Salmond op. cit. p. 390.

La *consideration* n'a pas à être adéquate. Le principe est admis en jurisprudence que si le seul effet d'une *consideration* est de causer un désavantage au stipulant, la *consideration* n'en est pas moins valable. Dans l'affaire Coggs c/ Bernard (1) une personne avait entrepris gratuitement le transport d'une cave à une autre de deux barriques d'eau-de-vie. Pendant le trajet, un accident eut lieu, et une partie du liquide fut perdue. Le voiturier bénévole, assigné par le propriétaire des barriques, fut condamné à des dommages-intérêts, car le tribunal admit qu'il y avait *consideration* par le seul fait que le propriétaire avait confié sa marchandise, et que le voiturier, ayant accepté cette confiance, s'était ainsi valablement engagé au transport et à ses risques.

Même si le désavantage éprouvé par le stipulant est purement temporaire, la solution demeure la même; l'affaire célèbre Bainbridge contre Furnstone (2) nous en fournit un exemple typique : Furnstone avait demandé à Bainbridge de lui prêter deux chaudières qu'il avait l'intention de peser ; il avait promis de rendre les chaudières dans le même état, mais les restitua sans les faire remonter. Bainbridge assigna Furnstone en dommages-intérêts ; Furnstone soutint que Bainbridge n'ayant éprouvé ni perte ni dommage, n'avait pas fourni de *consideration* au contrat ; mais la Cour

(1) Coggs c/ Bernard I Sm. L. C. 21.
(2) Bainbridge c/ Furnstone, 1838, 8 A et E, 743.

décida que le désavantage existait du côté du demandeur, par le simple fait qu'il avait prêté ses chaudières, même pour peu de temps (1).

Poussant encore plus loin l'application de son principe, la jurisprudence a même décidé qu'il suffit que la *consideration* soit regardée par celui qui la donne comme une chose de valeur, même si en fait elle n'en a aucune (2). Schuster (3) cite la décision intervenue dans l'espèce suivante : un débiteur avait donné à son créancier, comme sûreté de sa dette, un certain nombre de traites. Un tiers s'offrit à rembourser la dette, contre remise de ces traites. Or, ces dernières n'avaient aucune valeur pour le tiers. Pourtant, le tribunal admit que leur livraison constituait une *consideration* suffisante, parce que les traites étaient considérées par les parties comme objets de valeur.

La même solution intervint à propos de la dation d'un cautionnement valable, d'après la croyance des parties, mais en réalité nul. Se basant sur ce que celui qui avait donné le cautionnement avait cédé, en retour de la promesse

---

(1) Cette théorie a été vivement critiquée par plusieurs auteurs. Schuster, Grueber, Wertheim, Markby soutiennent qu'on a voulu sauver le « fantôme de la *consideration* » et qu'il serait certainement plus clair d'admettre que certains contrats non scellés, tels que le dépôt et le mandat, sont valables sans *consideration*.

(2) Cf. Schirrmeister, *op. cit.* II, p. 47.

(3) Schuster, *loc. cit.* p. 122.

du demandeur, quelque chose qu'il aurait pu conserver, la validité de la *consideration* constituée par le cautionnement nul fut également admise (1).

A l'encontre de ces principes a été soutenue une théorie dite de la *total failure of consideration*, d'après laquelle le contrat est nul, lorsque la *consideration* est une *nullity*, c'est-à-dire est fausse ou sans valeur. A l'appui de cette idée, Addison (2) cite des décisions où le tribunal a en effet refusé d'admettre de telles *considerations*. Mais Schirrmeister fait observer que dans les cas cités, il s'agit de litiges où il y avait eu erreur des contractants, ou bien où la *consideration* était illégale. « La promesse (de prestation illégale) qui « n'est pas valable, ne peut naturellement pas « constituer une *consideration*.... », et, dans le cas des contrats entachés d'erreur, « la nullité « provient de ce qu'un contrat valable n'est pas « formé, et non de ce que la *consideration* a une « valeur ou non.... Ce n'est pas le défaut de « valeur de la *consideration*, mais le défaut d'ac- « cord des volontés qui rend le contrat nul (3). »

S'il n'est pas nécessaire que la *consideration* ait une valeur objective, elle doit néanmoins être réelle, c'est-à-dire que les droits et les choses abandonnées par le stipulant doivent être tout au moins susceptibles d'une évaluation économique.

---

(1) Haigh c. Brooks, 10, A et E, 309.
(2) Addison, *op. cit.* p. 8.
(3) Schirrmeister, *op. cit.* II, p. 47.

Une simple prétention, une promesse si vague qu'on ne peut en déterminer l'étendue, ne seraient pas des *considerations* valables. Une décision de 1838, intervenue à propos d'un procès entre des exécuteurs testamentaires et le fils du *de cujus*, a repoussé comme *consideration* la promesse faite par ce fils de « cesser de se plaindre à son père de « ce que ce dernier l'avait désavantagé au profit « d'un de ses frères (1). »

Si nous voulons donc essayer de résumer en une formule la théorie de la *consideration* « réelle », au sens de la loi anglaise, nous dirons que les juges n'ont pas à se préoccuper du rapport de valeur de la *consideration* et de la promesse, mais doivent exiger que la *consideration* soit au minimum susceptible d'une évaluation objective.

Les tribunaux d'équité ont d'ailleurs, par leur intervention, mitigé très à propos la rigueur de cette règle. Ils ont admis qu'un contrat peut être annulé, lorsque la disproportion entre la promesse et la *consideration* est assez grande pour que le contrat soit ce que les Américains appellent *unconscionable*, c'est-à-dire inconcevable, à moins de supposer l'incompréhension des conditions par le promettant, ou bien la fraude ou l'abus d'influence du stipulant. La disproportion d'intelligence et de condition sociale peuvent constituer également des présomptions valables pour l'annu-

---

(1) White c/ Bluett, 1853, 23 L. J. Ex. 36.

lation d'un contrat (1). De même, si le contrat a été obtenu par le stipulant en profitant de la détresse morale d'un débiteur aux abois (2).

Nous avons jusqu'ici parlé des *considerations* réelles constituées par des prestations positives. Mais une prestation négative, c'est-à-dire une renonciation ou une abstention, peut être tout aussi bien susceptible d'évaluation objective et se trouve donc qualifiée pour servir de *consideration* à une promesse. La renonciation à un droit, même contre des tiers au contrat (3), est également une *consideration* valable pour le renonçant. Et même, la renonciation à l'exercice éventuel d'un droit est d'une validité non douteuse en tant que *consideration*.

Mais la prétention à l'exercice de ce droit peut être litigieuse ou non. Lorsque la prétention au droit est litigieuse, l'accord qui interviendra ne sera autre chose qu'un compromis. Or, « tandis « que dans une renonciation à tout ou à partie de « la prétention liquide, le stipulant de la pro- « messe à laquelle on renonce ne peut s'en préva- « loir s'il ne donne pas de nouvelle *consideration*, « la *consideration* existe déjà dans le compromis « sur une prétention litigieuse, par ce fait que le

---

(1) Cf. Hartmann, *loc. cit.* p. 216.

(2) Cf. Pollock, *op. cit.* note à la page 597 : *if it be found that the vendor was in distressed circumstances and that advantage was taken of that distress, it will avoid the contract.* »

(3) Mather c/ Lord Maidstone, 1856, 18 C. B. 273.

« stipulant de la promesse à laquelle on renonce « abandonne l'objection qu'il croit pouvoir oppo- « ser à l'action en justice (1). » De là une conséquence essentielle : le débiteur qui ne conteste pas la créance ne peut obtenir du créancier aucune renonciation valable sur une partie de la prétention, s'il ne fournit pas un nouveau « *quid pro quo* » à la place de cette prestation primitivement due ; le débiteur qui conteste la créance n'a pas à fournir de nouvelle *consideration ;* encore faut-il que cette contestation soit au moins fondée sur un motif plausible.

Nous disons « plausible » et non « valable », car le même principe qui nous a fait valider la *consideration* dépourvue de valeur, mais tenue pour bonne par celui qui la donne, nous amène ici à admettre que même si, en fin de procès, la prétention sur laquelle est fondée la contestation n'est pas admise par le juge, elle n'en vaut pas moins comme *consideration*, parce que la partie qui l'émettait était persuadée de sa valeur.

La solution sera la même pour un demandeur que pour un défendeur, pour une action que pour une exception : « Si une personne qui a l'inten- « tion d'ester en justice de bonne foi renonce au « droit d'intenter une action portant sur une « question de droit ou de fait, action sérieuse et « non vexatoire, elle abandonne une chose de

---

(1) Schirrmeister, *op. cit.* II, p. 51.

« valeur » (1). Mais la loi exige impérieusement la condition de bonne foi. Il eut été trop facile à un débiteur ou à un créancier malhonnête d'invoquer le premier moyen de droit venu, quitte à être naturellement débouté, et d'exciper ensuite de la renonciation aux soi-disant prétentions. Si le tribunal reconnaît (et c'est là une question de fait) que la partie n'avait aucune raison valable d'action ou d'exception, et qu'elle le savait, la renonciation à l'action ou à l'exception factices ne peut constituer une *consideration* (2).

Une difficulté accessoire s'est élevée à propos de la promesse d'abstention de l'exercice d'un droit, promesse envisagée en tant que *consideration*. Cette abstention doit-elle obligatoirement être convenue pour un temps déterminé ? Et que décider lorsqu'aucun terme n'aura été indiqué dans la convention ? Schirrmeister cite l'exemple d'un cautionnement consenti en *consideration* de l'abstention d'un créancier « d'exiger le paiement immédiat de la dette (3). » Qu'entendre par ce terme vague ? Y a-t-il temps déterminé ? Le tribunal décida que l'affaire devait recevoir une solution appropriée aux circonstances de fait (4) ; qu'en l'espèce, le créancier avait eu un délai suf-

---

(1) Miles contre New. Zealand Estate Cy, 1886, 32, Ch. D. 266. — Crears c. Hunter, 19, Q. B. D. 341.

(2) Callisher c. Bischofsheim, 1879, L. R. 5 Q. B. D. 449.

(3) Schirrmeister, *op, cit.* II, p. 53.

(4) Oldershaw c. King, 1857, 2 H et N, p. 524.

lisant pour se libérer ; qu'il y avait donc lieu de valider le cautionnement.

D'autres décisions (1) ont confirmé l'idée qu'en cette matière « c'est une question de fait de déterminer ce qu'on entend par un temps convenable (2). »

Certaines *considerations*, positives ou négatives, remplissant toutes les conditions de validité que nous venons d'examiner jusqu'ici, ne sont pourtant pas validées par la loi : ce sont les *considerations* que l'on nomme communément « *considerations* illusoires ».

Une *consideration* peut être illusoire de deux chefs : ou bien lorsqu'elle consiste en une prestation ou une abstention déjà rendue obligatoire par une règle de droit ou une obligation préexistante, ou bien lorsque cette *consideration* est juridiquement impossible.

Des questions assez curieuses se sont posées à propos des *considerations* illusoires, et nous étudierons successivement leurs deux sources.

En premier lieu, est illusoire la *consideration* par laquelle celui envers qui l'engagement est pris n'obtient rien qu'il n'eût par avance le droit d'exiger.

Supposons une *consideration* ayant déjà été utilisée antérieurement en retour d'une promesse

---

(1) Alliance Bank c. Brown, 1864. 2 D et S, 289.

(2) Jenks, *Codification*, § 209 (cf. commentaire Schirrmeister, II, p. 52).

ou d'une prestation de l'autre partie. Cette *consideration* est « usée » une fois le contrat formé, et le stipulant ne pourra l'invoquer à nouveau comme contre-partie d'une nouvelle promesse (1). La jurisprudence abonde en exemples de *considerations* épuisées par des obligations préexistantes qui peuvent être ou contractuelles ou légales.

Dans l'affaire Roscorla contre Thomas (2), une personne avait acheté un cheval pour 30 £. Il n'y avait pas eu de garantie dans le marché même ; mais, plus tard, le vendeur consentit à garantir certains défauts. L'acheteur ne fut pas admis à se prévaloir de cette promesse postérieure au contrat, car la *consideration* (qui n'était autre que le prix d'achat) était épuisée par le contrat et ses obligations inhérentes, et ne pouvait servir de *quid pro quo* à la promesse de garantie. Le cas analogue d'une sûreté établie postérieurement (et sans nouvelle *consideration*) à une dette déjà existante a reçu, récemment encore, la même solution (3).

A propos de contrat d'engagement, la décision de l'affaire Fraser c. Halton (4) s'inspire des mêmes principes. Un cuisinier s'était engagé pour servir à bord d'un navire, moyennant un salaire fixé. Dans le contrat d'engagement était insérée la

---

(1) Hopkins c. Logan, 1839, 5 M et W, 241.
(2) Roscorla c. Thomas. 1842, 3, Q B, 34.
(3) Wigan c. Engl. Law Life Insurance, 1909, I, Ch. 291.
(4) Fraser c. Halton. 1857. 2 C. B. N. S. 512.

clause suivante : « A la volonté du capitaine, l'équipage pourra être embarqué sur tel autre navire de la Compagnie qu'il sera nécessaire. » Le cuisinier reçut l'ordre de s'embarquer sur un navire plus important, et le capitaine lui accorda une augmentation de gages pour son travail supplémentaire. Mais la compagnie se refusa à payer cette augmentation, et le tribunal donna gain de cause à cette dernière, jugeant qu'à raison de la clause précitée, il n'y avait pas de *consideration* pour la promesse d'augmentation.

Remarquons qu'il en eût été tout autrement décidé, s'il y avait eu un véritable changement dans les conditions du contrat. L'affaire Hartley c. Ponsonby (1) est un exemple significatif. Dans cette espèce, un navire était parti de Liverpool pour l'Australie avec un équipage de 36 matelots. Une émeute survenue dans un port australien diminua cet équipage de moitié, et le capitaine promit aux matelots restés fidèles une gratification supplémentaire de 40 £, s'ils consentaient à ramener à eux seuls le navire à Liverpool. A l'arrivée du navire à bon port, l'armateur objecta le défaut de *consideration* pour la promesse du capitaine, mais l'équipage eut gain de cause, parce que le danger et la fatigue supplémentaires qu'ils avaient supportés en raison de la réduction de leur nombre déterminaient un changement dans

(1) Cf Hartmann. *Op. cit.*, II, p. 170.

les conditions du contrat, et constituaient une *consideration* suffisante pour la promesse de gratification.

Pour l'obligation professionnelle, la règle est la même que pour l'obligation contractuelle. En 1840 (1), une prime avait été promise à la personne qui découvrirait l'auteur d'un crime. Ce fut un agent de police qui découvrit et arrêta le criminel; la récompense qu'il réclama lui fut contestée, sous le prétexte que la recherche des criminels était une de ses obligations professionnelles, que pour celles-ci, il était payé, donc que la promesse de récompense manquait, en ce qui le concernait, de *consideration* valable. Néanmoins la récompense fut payée à l'agent de police, mais le tribunal eut soin de spécifier que c'était parce qu'il avait pris, pour la recherche du criminel, une peine à laquelle ne l'obligeait pas son devoir professionnel.

Si l'obligation préexistante est légale au lieu d'être contractuelle ou professionnelle, le résultat n'en est pas changé. La mère d'un enfant naturel, par exemple, avait reçu du père la promesse d'une certaine somme, en *consideration* de l'entretien assuré par elle à son enfant. Il fut jugé que cette promesse était nulle, par défaut de *consideration*, parce que la mère était légalement obligée à veiller à l'entretien de son enfant (2).

---

(1) England c. Davidson, 1840, 11 A et E 856.

(2) Crowhurst c. Loverack. 1852. 8 Ex. 208. Il faut noter

De même la promesse de paiement d'une somme d'argent pour la restitution de marchandises indûment retenues est nulle par défaut de *consideration*. « Ce qui a été payé peut être réclamé comme *money paid under compulsion* (1). »

Une autre application des mêmes principes nous conduit à dénier toute efficacité à la *consideration* constiuée par le paiement partiel d'une dette exigible, paiement effectué en retour d'une décharge totale de la dette, ou de facilités de paiement de cette dette consenties par le créancier.

Stevens (2) cite une convention faite entre le créancier d'une dette exigible et un débiteur, par laquelle, en retour de la promesse du créancier de ne pas se servir de ses moyens d'exécution légaux, le débiteur avait fait un paiement partiel comptant, et promis de payer le surplus par échéances. La Chambre des Lords annula cette convention, pour défaut de *consideration*, parce que le débiteur était déjà tenu par sa promesse antérieure de faire ce qu'il avait promis dans cette convention nouvelle (3).

A fortiori, le paiement partiel d'une dette ne peut être à lui seul extinctif de la totalité de la dette (4).

---

qu'en droit anglais la dette alimentaire du père à l'égard de son enfant naturel n'existe pas.

(1) Schirrmeister. *Op. cit.*, I 506.

(2) Stevens, *loc. cit.*, p. 17.

(3) Foakes c. Beer, 9 App. ca. 605.

(4) Pinnel's case, 1602, Co Rep. 117.

Il y a là une restriction fort gênante à la liberté des contractants. Et la jurisprudence constante qui établit cette nullité du paiement partiel a été fort critiquée. Mais au point de vue pratique, il est relativement facile d'éviter la rigoureuse application des principes. Si, par exemple, le paiement partiel a été effectué quelques jours avant la date d'exigibilité de la dette, il sera valable comme *consideration*. De même si, au lieu d'argent, le créancier reçoit une prestation en nature, même de valeur très inférieure au montant de la dette, cette prestation constituera pourtant une *consideration* suffisante (1). Bien plus, une décision récente, s'appuyant sur une vieille décision de 1718 (2), admit que la dation d'un *negociable instrument* (lettre de change ou chèque) peut servir de *consideration* valable à l'extinction de la dette totale, même s'il est d'un montant inférieur au chiffre de cette dette (3). Ce résultat, observe Schirrmeister, est tout à fait remarquable : « Si A a « contre B une créance exigible de 100 £, et que « tous deux conviennent que B donnera à A 50 £, « en acquit de la totalité, la renonciation de A au « surplus de la dette n'est pas valable. Mais si B « donne à A une lettre de change ou un chèque « [de 50 £], la renonciation de A à ce surplus « devient valable (4). » Il eût été bien préférable

(1) Cf. Hartmann. *Op. cit.*, p. 173.
(2) Cumber c. Wane, I. Sm. L. C., p. 338.
(3) Sibree c. Trupp 15 M. et W. 23.
(4) Schirrmeister. *Op. cit.*, II, p. 257.

de supprimer purement et simplement cette règle de l'irrecevabilité du paiement partiel, qui n'apparaît certainement pas conforme aux intérêts et au désir des contractants. Un lord-chancelier lui-même a déclaré qu'on pouvait souhaiter sur ce point une amélioration de la loi (1).

Il reste donc établi, malgré les critiques justifiées, qu'une obligation à laquelle on est déjà tenu ne peut constituer une *consideration*. Il est à peine besoin d'indiquer que l'obligation préexistante pouvant être positive ou négative, une renonciation à une chose à laquelle on était antérieurement tenu, par la loi ou le contrat, de renoncer, n'est pas plus efficace qu'une prestation qu'on était déjà tenu d'effectuer. Le principe est général.

Observons toutefois que si c'est un tiers qui demande à une partie d'exécuter le contrat auquel elle est tenue, l'exécution du contrat par cette partie constitue une *consideration* valable pour la promesse du tiers. Le cas a été jugé dans l'affaire Shadwell c. Shadwell (2). Un oncle avait offert à son neveu de lui constituer une rente, si ce dernier consentait à exécuter un engagement pris antérieurement avec une autre personne. Le neveu paya (ce à quoi il était déjà tenu par sa convention), mais l'oncle fut également obligé de tenir sa promesse et de servir la rente.

---

(1) Earl of Elborne.
(2) Shadwell c. Shadwell, 9 C. B. N. S. 159.

Il faut également remarquer que, pour que le principe s'applique dans toute son extension, l'obligation antérieure ne doit être en aucune façon litigieuse. Supposons en effet une obligation douteuse dont le débiteur offre de s'acquitter par un paiement partiel. Cette convention sera parfaitement valable, parce que la loi ne voit en elle qu'un simple compromis. C'est la solution qui résulte d'une décision récente, où la Cour admit la validité d'un paiement partiel, parce que à l'époque de ce paiement, « personne n'était encore sûr que l'obligation existât réellement (1). »

La seconde source de *considerations* illusoires est l'impossibilité. « Même si la promesse de faire « est possible, elle peut pourtant être nulle, « parce que la promesse qui constitue la *conside-* « *ration* de cette promesse de faire possible est « elle-même impossible (2). »

Deux conditions sont nécessaires pour que l'impossibilité de la *consideration* rende nul le contrat : il faut d'abord que l'impossibilité existe au moment de la conclusion du contrat, et d'autre part que cette impossibilité soit « légale. »

Lorsqu'il y a impossibilité survenue postérieurement au contrat, la règle rigoureuse du droit anglais veut que le débiteur soit néanmoins tenu de son obligation. Mais dans la grande majorité des cas s'ouvre une action en résolution. Le

---

(1) Williams c. O'Keefe, 1910, A. C. 186.
(2) Schirrmeister, *Op. cit.* II, p, 56.

contrat n'est pas nul par défaut de *consideration*, puisque la *consideration* existait réellement au moment de la conclusion du contrat.

Que devons-nous ensuite entendre par « impossibilité légale ? » « Une *consideration* tellement « impossible que l'engagement (de la donner) ne « saurait constituer une *consideration* réelle et « sérieuse... telle par exemple la promesse de « quitter une dette alors qu'on n'est ni le créan- « cier ni le mandataire du créancier, ou une chose « impossible dans l'état actuel de nos connais- « sances (1). » Pollock donne également comme » exemple d'une *consideration* légalement impossible le fait d'une personne achetant sa propre chose (2). Le point important est de s'appliquer à distinguer la *consideration* légalement impossible et la *consideration* pratiquement impossible. L'impossibilité pratique n'a qu'un effet : rendre la *consideration* objectivement sans valeur. Or, nous avons établi qu'en pareil cas, la *consideration* n'en était pas moins valable, parce que les parties « avaient obtenu ce qu'elles voulaient obtenir. » Il y aura, en fait, dans la plupart des cas, possibilité d'action en non-exécution, mais seule, l'impossibilité juridique permet l'action en nullité par défaut de *consideration*.

---

(1) Lehr et Dumas. *Op. cit.*, p. 108.
(2) Pollock. *Op. cit.*, p. 406.

§ III.

Nous arrivons au dernier caractère de la *consideration* valable : la *consideration* doit être « *legal* ».

Il faut noter que, dans la terminologie anglaise, les termes de « légalité » et d' « illégalité » n'ont pas exactement le sens que nous leur donnons en français. Est illégal au sens anglais, non pas seulement ce qui n'est pas conforme à la loi, mais ce qui est contraire aux règles expresses du droit commun, aux statuts, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (*public policy*). Le § 211 de la *Codification* de Jenks nous donne, par a-contrario, la définition de la *legal consideration* : « Des « prestations ou des abstentions non conformes « au droit ou à la morale, ou contraires à l'ordre « public, aussi bien que la promesse de telles « prestations ou abstentions ne peuvent pas « constituer des *considerations* valables. »

En conséquence, seront nuls non pas seulement les contrats contenant les promesses illégales, mais aussi les contrats contenant des engagements légaux, dont la *consideration* est illégale.

Mais s'il y a pluralité de promesses d'une part, de *considerations* d'autre part ? Si certaines de ces promesses ou de ces *considerations* sont légales et certaines autres illégales ? Il y a lieu de distinguer :

Soit d'abord un contrat contenant plusieurs promesses et plusieurs *considerations*. « Si ce

« contrat se compose de plusieurs promesses indé-
« pendantes, dont chacune repose sur une *consi-*
« *deration* indépendante, il est divisible (1). » Les promesses valables seront donc séparées de celles qui sont nulles de par l'illégalité de leur *consideration*.

Supposons ensuite un contrat contenant plusieurs promesses et une seule *consideration*.

Si la *consideration* est légale, et que les promesses fondées sur elle soient, les unes légales, les autres illégales, il y aura lieu à disjonction. Les promesses légales seront valables (2).

Si la *consideration* est illégale, toutes les promesses, légales ou non, sont nulles.

Enfin, dans le cas d'un contrat contenant une promesse légale et plusieurs *considerations*, dont les unes sont légales et les autres non, le contrat sera indivisible (3), et par conséquent nul pour la totalité.

Savoir si une *consideration* est contraire aux statuts ou au droit commun ne soulèvera en général aucune difficulté, et sera en tout cas une question d'espèce. En ce qui concerne la nullité pour immoralité, les décisions les plus importantes de la jurisprudence sont intervenues à propos de la question des relations sexuelles. La promesse faite à une femme pour la déterminer à des

---

(1) Schirrmeister. *Op cit.* I, p. 569.
(2) Bank of Australasia c. Breillat. 1847, 6 Moo P. C. 201.
(3) Fetherston c. Hutchinson. 1590. Cro. Eliz. 199.

relations illicites est nulle (1). Mais si le but de la convention n'est pas la garantie du concubinat pour l'avenir, et si les relations sexuelles qui en sont la *consideration* sont antérieures à la promesse, le contrat n'est pas annulé, mais il est traité comme s'il était dénué de *consideration*. Et ce principe n'est pas spécial à l'espèce des relations sexuelles illicites, mais s'applique à toutes les *considerations* illégales antérieures à la promesse. Le don ou la promesse qui sont faits en compensation d'une *consideration* antérieure *(past)* illégale ou immorale sont traités comme un don ou une promesse faits sans *consideration*. Si nous appliquons ici le principe général de la *past consideration*, nous déciderons qu'un tel contrat sera valable s'il est scellé, non valable s'il est *of parol* (2).

Si les relations sexuelles illicites durent encore au moment de la confection de l'acte, l'acte peut être valable, si le juge est convaincu que le but du contrat n'est pas de provoquer la femme à la continuation de ces relations (3).

---

(1) Hall c. Palmer, 1844. 3 Ha 532. — Beaumont c. Reeve, 1846, 8 Q. B. 483.

(2) Gray c. Mathias 5, Ves. 286.

(3) Cf. Pollock, *op cit.*, p. 304.

APPENDICE

Influence de la « consideration » sur le contrat scellé.

L'exigence de la légalité de la *consideration* s'est manifestée même en dehors de la zône d'action normale de cette doctrine. Elle s'applique, en effet, non pas seulement aux contrats non formels, mais même aux contrats scellés *(deeds* ou *specialties); et* c'est de très bonne heure que cette extension fut admise par les tribunaux d'équité. Pour obtenir l'annulation du *deed* qui le liait, l'obligé n'eut qu'à fournir la preuve *(extrinsic evidence)* de l'illégalité de la *consideration* ayant déterminé la promesse (1).

A travers la cloison étanche qui sépare les *simples* contrats et les contrats formalistes, la doctrine de la *consideration* s'est donc fait jour, et il y a là une grave dérogation à la nature purement abstraite du *deed* ou *specialty*. Mais les juges d'équité ne se sont pas contentés de poursuivre l'immoralité jusque dans le contrat scellé. Par un moyen détourné, ils sont arrivés à « énerver », selon l'expression de M. Esmein, le *deed* dans lequel la promesse est dépourvue de cause : « D'après le *jus civile* anglais, les juges *at law*

(1) Collin c. Blantern, 1767. Sm. L. C. I, 369.

« ne peuvent accorder que des dommages-inté-
« rêts à celui qui réclame l'exécution d'un con-
« trat ; mais, lorsque l'exécution adéquate et en
« nature se conçoit comme possible, la Cour
« d'Equité en est arrivée à l'ordonner sous le nom
« de *specific performance*. Seulement, pour qu'une
« obligation, même par *specialty*, jouisse de cet
« avantage, il faut que le créancier justifie d'une
« *consideration* (1). » *Consideration* illégale, cause de nullité du *deed*. *Consideration* nécessaire pour l'exécution en nature du contrat même scellé. Tels sont les deux résultats limités de l'intervention de la doctrine de la *consideration* dans le contrat scellé.

---

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 565.

CHAPITRE III

La « consideration » en droit comparé

Par l'étude de sa définition et de ses caractères propres, nous avons essayé de déterminer la véritable nature de la « remarquable conception juridique (1) » que constitue la *consideration*. Si, par une très large approximation, elle joue dans le contrat le rôle de notre cause, peut-on dire que « c'est simplement une modification de la doctrine « (de la cause) connue dans plusieurs systèmes « modernes et notamment en France (2)? » Il est certain que dans la toute première phase de leur évolution, alors que ces deux notions n'étaient en quelque sorte qu'à l'état d'ébauche, elles présentaient une analogie très explicable par l'identité tout au moins partielle de leur origine.

En étudiant le développement de la notion de *consideration*, nous avons indiqué l'influence exercée par les théories romaines de la *condictio sine causa*, de la *condictio ob turpem causam* et surtout des contrats innommés ou *pacta vestita*. La *causa*

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 564.
(2) Salmond, *op. cit.*, p. 391.

qui, dans ces derniers, consistait en une exécution partielle de l'engagement, détermina en France une conception jumelle de la conception anglaise, dans laquelle la nécessité du *quid pro quo*, de la compensation primait également toute autre exigence. C'est à la cause compensatoire que songe P. de Fontaines (1), lorsqu'il déclare : « *C'il n'a « mie bel reson de demander, qui demande por « ce que on li convenança, sanz autre reson met- « tre avant.* »

Mais, tandis qu'en Angleterre, la *consideration*, tout en s'élargissant pour admettre comme compensation suffisante, non plus seulement l'exécution partielle, mais aussi le simple avantage pécuniaire, restait indispensable au premier chef dans tout acte non scellé, et constituait la condition *sine qua non* de l'obligation, les jurisconsultes français, influencés par le droit romain qui admettait le principe de la promesse abstraite, confondant avec Beaumanoir la cause et l'objet, faisant intervenir avec Pothier l'idée de libéralité, disputèrent sans arriver à une solution précise sur la valeur de la promesse non causée et arrivèrent finalement aux obscurs articles 1131 et suivants, qui ne tranchent en rien de la véritable nature de la cause. Aussi, si nous voulons essayer de comparer la *consideration* et la cause, encore nous

---

(1) P. de Fontaines, 15-13, cité par Brissaud, *op. cit.*, p. 1419.

faut-il distinguer entre les trois théories principales de la cause qui sont encore en présence (1). C'est de chacune d'elles qu'il faudra rapprocher la notion de *consideration*, telle que nous l'avons déterminée.

Il est en premier lieu une théorie qui prétend donner de la cause une définition générale. C'est la théorie classique, admettant que la cause est « le but immédiat et direct que les parties ont eu en vue au moment du contrat », par opposition aux raisons plus ou moins lointaines de contracter qui ne sont que des motifs, des causes impulsives, des *causae remotae*. Les causes d'obligation sont toujours les mêmes pour des contrats de même nature et peuvent être réparties en trois « classes » correspondant à trois classes de contrats. Pour les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation sera toujours l'obligation de l'autre partie (par exemple pour un vendeur, la cause de l'obligation sera le prix payé par l'acheteur ; pour l'acheteur, la cause de l'obligation sera la chose remise par le vendeur). Les deux obligations sont étroitement corrélatives. Dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, la cause sera la prestation de l'autre partie (par exemple la remise de la chose prêtée dans le contrat de prêt). Enfin

---

(1) La distinction des trois théories de la cause et les développements qui s'y rattachent ont été empruntés au cours du Droit civil de M. E. Gaudemet. (Des obligations. Chapitre de la Cause).

la cause des contrats à titre gratuit sera l'*animus liberalis*, l'intention libérale de la personne qui s'oblige. Dans cette dernière classe, la seule volonté du promettant est efficace : *stat pro ratione voluntas*.

La grande critique que l'on peut adresser à cette théorie est du même ordre que celle que nous avons émise à propos de la réunion des *good* et des *valuable considerations*. Elle incorpore sous la même dénomination des éléments hétérogènes : éléments économiques pour les deux premières classes de contrats ; éléments psychologiques pour la troisième. Or, nous avons repoussé toute intervention d'éléments psychologiques, tels que l'affection familiale ou l'obligation morale, dans la *consideration*. L'*animus liberalis* ne saurait en aucun cas constituer une *consideration* valable, et aucune assimilation ne peut être conçue entre la définition classique de la cause et celle de la *consideration*.

La seconde théorie sur la cause, émise par M. Ernst en 1826, à propos du projet de révision du Code civil belge, et reprise principalement par MM. Laurent et Planiol, nie délibérément toute utilité et même toute réalité à la notion de cause. La différentiation de la cause et du motif est, d'après ces auteurs, pratiquement impossible. De plus, le concept de la cause est inutile, car, si la cause manque, le contrat se trouvera nul faute d'objet. Nous voici au pôle opposé de la doctrine anglaise, qui a toujours fait de la *consideration*

« l'élément obligatoire par excellence des contrats « non formels (1) ».

D'ailleurs, cette théorie radicale, exacte en ce qui concerne la difficulté de distinguer la cause et le motif, tels qu'ils sont établis dans la théorie classique, est inexacte en ce qui touche l'assimilation de la cause et de l'objet. « La cause ne peut « être remplacée par l'objet, car le défaut d'objet « explique l'inexistence d'une des obligations, « mais l'autre obligation, qui a un objet, pour- « rait exister de ce chef (2). »

La « théorie mixte » ne cherche pas à donner de la cause une définition s'appliquant à toute espèce de contrats. Elle limite son champ d'action et arrive ainsi à une conception positive, qui correspond bien à la véritable nature juridique de la cause en droit français. La cause est essentiellement objective. Elle n'a que faire dans les contrats à titre gratuit, où prédominent des éléments subjectifs (affection, charité, reconnaissance). La cause doit donc être restreinte aux contrats à titre onéreux, et sera alors « la valeur économique, créance ou prestation, qui, accroissant à l'actif de l'obligé, explique l'accroissement compensatoire de son passif (3). » Les motifs seront les « faits subjectifs, les raisons psychologiques qui expli-

---

(1) Esmein, *loc. cit.* p. 564.
(2) Gaudemet, *loc. cit.*, sect. III, div. 2.
(3) Gaudemet, *loc. cit.*. section III, div. 2.

quent l'obligation (1). » Leur rôle se bornera aux contrats à titre gratuit.

C'est évidemment la cause conçue selon cette dernière formule qui se rapproche le plus de la *consideration* anglaise, telle que nous l'avons définie. Les deux notions sont objectives ; toutes deux peuvent être évaluées économiquement ; toutes deux sont débarrassées des éléments psychologiques, et ces derniers réduits à leur véritable nature de motifs. Mais des dissemblances essentielles n'en subsistent pas moins, qui interdisent toute tentative d'assimilation.

Si nous avions admis la définition classique de la *consideration*, la ressemblance de cette « valeur économique accroissant à l'actif de l'obligé », et du « droit, intérêt, profit ou bénéfice acquis par une partie » serait évidemment frappante. L'une et l'autre définition envisagent l'avantage du promettant. Mais c'est cet avantage même, nous l'avons reconnu, qui est indifférent dans la notion anglaise. C'est le désavantage seul du stipulant qui importe. Rien, dans l'idée de cause française, ne nous rappelle cette conception originale du désavantage « *proper test* », critérium essentiel.

Egalement incompatibles avec la théorie française s'affirment les solutions accordant validité à des *considerations* économiquement et même objectivement sans valeur, sous la seule condition de la bonne foi de celui qui les fournit. Enfin, quel

(1) *Ibid.*

équivalent trouver à l'exigence de la *consideration* présente et à la théorie si importante de la *past consideration ?*

La *consideration* ne peut donc être réduite à une simple « modification » de la cause. Sa nature originale n'apparaît d'ailleurs pas seulement dans ses caractères ; elle s'affirme, plus encore peut-être, par la place d'honneur qui lui est réservée dans la formation même du contrat. D'après la loi française, en dehors des cas où des formes spéciales sont exigées, tout contrat légalement permis est obligatoire (sauf à annuler plus tard les contrats qui n'ont pas de cause). Mais « la force obli- « gatoire d'une convention est limitée d'une autre « façon par la loi anglaise, qui ne reconnaît « aucune promesse, si elle n'est scellée, pour « laquelle il n'est pas de *consideration* (1). » Ainsi donc, la *consideration* « crée l'obligation « plus encore peut-être que le consentement qui « l'accompagne (2). »

Si, nous plaçant à un point de vue supérieur, nous essayons de déterminer la valeur économique et morale d'un tel système, n'apparaît-il pas, au premier examen, comme singulièrement restrictif de la volonté des parties ? Des entraves fort gênantes ne sont-elles pas ainsi apportées à la liberté de la convention, à l'autonomie de la volonté ? Pour nous éclairer sur les avantages et

---

(1) Holland, *op. cit.* p. 268.
(2) Esmein, *loc. cit.* p. 564.

les inconvénients de la théorie anglaise, il n'est de meilleur moyen qu'une brève comparaison avec les deux systèmes continentaux les plus importants : le système du droit allemand et le système du droit français.

Le droit allemand a sanctionné de la façon la plus large le libre accord des volontés. Il admet comme cause l'élément jugé décisif par les parties, quel qu'il soit, — sauf, bien entendu, les conditions universelles de licéité et de moralité, — pourvu seulement que les contractants l'aient mentionné comme décisif dans leur déclaration de volonté. Bien plus, grâce surtout à l'influence du juriste Ihering, il valide « le contrat unilatéral « dégagé de sa cause juridique, conclu sous la « forme d'une promesse donnée sans indication « du pourquoi l'on s'engage ni du but juridique « immédiat en vertu duquel on la prend (1) », autrement dit l'engagement abstrait.

« A nous, Allemands, s'écrie lyriquement Neu- « becker, au peuple de la raison pure, de l'impé- « ratif catégorique, a été réservé l'honneur de « créer dans le monde moderne le contrat obliga- « toire abstrait, le contrat pur, le contrat catégo- « rique : *Promisisti, solve* (2). » *Ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort ;* un homme est un

---

(1) Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, Paris, 1901, p. 286.

(2) Neubecker, *Der abstrakte Vertrag* (im *Archiv. für bürg. Recht* 1903).

homme, une parole une parole ; le créancier, sans autre preuve que la promesse abstraite, pourra agir contre le souscripteur de cette promesse.

Les avantages économiques d'un tel système sont certains. Armé d'une promesse que le juge se borne à constater, pour en prononcer l'exigibilité, le créancier est incontestablement muni d'un droit très fort (1). Les règlements de comptes seront plus faciles entre les parties. Les cessions de créances deviendront beaucoup plus sûres. Mais, du fait que le créancier est avantagé, le débiteur se trouve sacrifié, et ce système risque de donner une sanction légale à des promesses faites à la légère. La volonté exprimée, aussitôt acceptée par l'autre partie, est obligatoire. « On « peut faire la remarque que ce résultat juridique « ne correspond pas au sentiment populaire. « Ainsi, il n'apparaîtra pas souvent au profane « que, par un désistement à la légère, il aura « renoncé pour toujours à ses droits bien acquis, « par exemple à la restitution d'un prêt impor- « tant, et qu'il ne sera pas libre, peu de temps « après, d'expliquer qu'il n'avait pas voulu dire « cela, et de reprendre son désistement (2). » Cet inconvénient réel, et qui peut amener des solutions contraires à la véritable équité, fait que le contrat abstrait semble avoir perdu actuellement

---

(1) Gaudemet, *loc. cit.* section I, § 5.
(2) Schirrmeister, *op. cit.* II, p. 36.

une grande partie de sa faveur auprès des juristes allemands eux-mêmes. Hartmann, s'autorisant des opinions de Leibnitz et de Justus Moser, déplore la validité incontestée de la promesse abstraite dans le code allemand et regrette de ne pas voir adopter, tout au moins dans ses grandes lignes, le système contractuel anglais (1). Heymann fait ressortir la situation défavorable faite au promettant par le contrat abstrait et reconnaît « le dan-« ger des déclarations de volonté irréfléchies (2). »

Entre la volonté libre et le formalisme, un intermédiaire nous est fourni par la théorie générale de la cause en droit français — qui est d'ailleurs également la théorie adoptée par les codes civils italien et espagnol (3). Le principe caractéristique de cette théorie consiste dans l'opposition absolument tranchée de la cause et du motif. Réservant l'intervention de ce dernier élément aux contrats purement gratuits, le droit français veut que dans les contrats à titre onéreux tout au moins, « la cause soit toujours examinée, le motif jamais (4) ». Quant à l'engagement abstrait, le droit français le rejette. Une double barrière est donc établie à l'autonomie de volonté des parties : il leur est impossible de faire une promesse abstraite ; il faut

(1) Hartmann, *loc. cit.* p. 231.

(2) Heymann, *loc. cit.* p. 826.

(3) Code civil italien, art. 1109-1122. Code civil espagnol, art. 1274-1277.

(4) Cf. Gaudemet, *loc. cit.* sect. III, div. 2.

une cause économique dans les contrats à titre onéreux.

Comparons maintenant aux conceptions française et allemande la théorie du droit anglais. S'il est vrai que, « dans un sens, tout est forme, que « la loi exige pour rendre une promesse obliga- « toire, au-dessus et au-delà de la simple expres- « sion de volonté du promettant (1), la théorie anglaise se présente à nous comme le triomphe de la forme ainsi entendue. *Consideration*, criterium supérieur de l'existence des *simple* contrats. Ecrit scellé et échangé par les parties, criterium de l'existence des contrats *by specialty*. La volonté nue des contractants n'a pas de place. Mais, en définitive, les parties n'ont-elles pas une liberté plus grande que dans le système français?

Si, pour une raison ou pour une autre, — raison dont la loi ne s'occupera que si elle s'avère illicite ou immorale — les contractants désirent faire une promesse abstraite, la possibilité leur en est donnée par l'institution du contrat scellé ; les formes solennelles employées feront alors présumer l'intention absolue du promettant de s'engager, indépendamment de toute autre circonstance extérieure. Une preuve irréfragable sera fournie par le formalisme du contrat scellé.

Nous retrouvons donc le contrat abstrait, que la loi française se refuse à sanctionner, que nous

---

(1) O. W. Holmes, *op. cit.*, p. 273.

avons jugé dangereux dans le droit allemand, alors que la seule forme écrite était suffisante pour le justifier. Mais ici, la forme scellée, forme exceptionnelle et solennelle, constitue pour ce contrat une sorte de « plaque indicatrice » du danger qu'il comporte. Alors qu'une signature au bas d'un contrat est un geste facile et qui peut être irréfléchi, l'apparat d'un contrat scellé ne peut laisser aveugle le profane le moins méfiant. Entouré comme il l'est par la loi anglaise de formalités protectrices du promettant, on conçoit alors que le contrat abstrait soit pratiquement fort utile pour donner à l'établissement d'une dette une sécurité inégalée par toute autre forme. Le contractant anglais, dûment averti, trouve à sa disposition un instrument qui est dangereux entre les mains du contractant allemand, qui manque au contractant français. C'est une extension de droit, très appréciable et très avantageuse.

Si les parties n'ont pas adopté la forme du contrat scellé, il faut qu'une *consideration* soit donnée au moment de ce contrat par le stipulant. « Alors il est admis que le stipulant qui a livré « ou renoncé à quelque chose a considéré la pro- « messe [à lui faite] comme pleinement volontaire « et réfléchie ; d'autre part [la dation de la *consi- « deration*] a constitué une preuve pour le pro- « mettant que sa promesse était ainsi envisagée, « — si bien que la promesse est devenue obliga- « toire, non pas parce que pleinement volontaire, « mais parce qu'estimée telle par le stipulant, et

« d'une façon évidente pour le promettant (1). »

Mitigé très heureusement pour les exigences commerciales par la présomption de la *consideration* dans les effets de commerce, le système établi par le droit anglais, tout en protégeant efficacement le promettant contre les engagements inconsidérés, n'exerce pas sur la volonté des contractants une restriction excessive et pratiquement nuisible. Préférable à la théorie allemande qui, dans son souci de ne pas mettre d'obstacles au libre arbitre des parties, fait preuve d'un mépris nietzchéen du faible et de l'ignorant, le droit anglais montre du doigt le péril. A l'entrée de la forme dangereuse du contrat abstrait, il place l'exigence de la solennité, mais il ne ferme pas l'accès de ce mode de contrat, ainsi que le fait le droit français. A l'égard des contrats non solennels, des contrats de la vie courante, la *consideration* sera l'avertisseur à double effet qui vaudra aussi bien pour le stipulant que pour le promettant ; et cette notion, dont le droit d'équité a su très habilement émousser les angles, s'est révélée à nous notablement plus nette, plus pratique et plus positive que notre notion de cause. L'avertissement efficace que donne la *consideration* est, aux yeux de la loi anglaise, nécessaire et suffisant. Son absence, à elle seule rendra le contrat inexistant, mais, une fois le contrat formé, les

---

(1) Schirrmeister, *op. cit.*, II, p. 35.

parties seront, nous l'avons vu, mal venues à se plaindre. Elles ont agi — l'expression se trouve avoir ici sa pleine valeur — « en connaissance de cause » ; c'est au moment de la convention que les parties doivent examiner le contrat; le juge n'a pas à le faire lorsqu'on lui en demande l'exécution (1). Si, négligeant le disque placé devant ses yeux, le mécanicien mène le train à la catastrophe, qui donc ira le plaindre ou l'excuser? Et si l'on songe que c'est la *consideration* qui joue le rôle de ce disque pour tous les contrats de la vie de chaque jour, est-il permis de soutenir que « cette règle n'est protégée que par un respect « irrationnel d'une particularité dépourvue de « tout sens (2)? » Oui, la *consideration* est une doctrine ancienne. C'est une vieille dame timorée qui, au seuil de la convention tentante, vient imposer sa présence importune, et parle — d'aucuns disent « radote » — de prudence, de méfiance, de désaccord possible... Mais l'homme est-il devenu si loyal et si bon que de tels avis soient maintenant superflus ?... On a toujours ri des vieilles gens qui, dans l'heureuse quiétude du temps de paix, prédisaient la guerre et ses malheurs...

---

(1) Bolton c. Madden, L. R. 9, Q. B. 55.

(2) Foster. Two centuries growth of american law, p. 70.

Vu :

Le Président de la Thèse,

L. HUGUENEY.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

P. LOUIS-LUCAS.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 7 septembre 1919.

Le Recteur de l'Académie,

H. PADÉ.

BIBLIOGRAPHIE

(Pour les recueils d'arrêts (*reports*), voir la table des abréviations).

ADDISON (C. G.). — *A treatise on the law of contracts*, 10e ed. — 1903.

ANSON (Sir William). — *Principles of the english law of contracts*. 10e ed. — Oxford 1903.

BARCLAY (Th) et DAINVILLE. — Les effets de commerce dans le droit anglais. — Paris 1884.

BLACKSTONE. — *Commentaries on the laws of England*. Traduction Chompré. — Paris 1822-23.

BRACTON (H. de). — *De legibus et consuetudinibus Angliae libri V*. — London 1640.

BRISSAUD. — Manuel de droit français. — Paris 1898-1904.

BROCHER. — La genèse du contrat. Art. dans la Revue générale du droit (1897 et 1901).

ESMEIN. — Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais. Art. dans la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger (1893), pp. 555 sq.

FOSTER (W. F.). — Art. dans *Two Centuries growth of American law*, p. 68 à 70.

GRUEBER. — Art. dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*. — Stuttgart 1872, T. 11, pp. 266 sq.

HARTMANN. — *Grundprinzipien der Praxis des English-Amerikanischen Vertragsrechts*. Art. dans *Archiv für die Civilistische Praxis*. T. 77, pp. 161 sq.

HEYMANN. — Art. dans *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. T. 1, p. 825 et 826.

HOLLAND. — *The elements of Jurisprudence*, 9e ed. — London 1904.

HOLMES (O. W.) *The common law*. — Boston 1881.

JENKS. — *Codification.* Commentaire par *Schirrmeister : Das bürgerliche Recht Englands.* — Berlin 1912.

LAMBERT. — L'enseignement du droit comparé. Art. dans les Annales de l'Université de Lyon (Droit-lettres), fasc. 32.

LEHR et DUMAS. — Eléments de droit civil anglais, 2° éd. — Paris 1906.

LEVY-ULLMANN. — Art. dans Bulletin de législation comparée. Janvier-Mars 1919, pp. 64 sq.

POLLOCK (Sir Fr.). — *Principles of the english law of contract.* 8° ed. 1900.

SALEILLES. — Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil allemand, 2° ed. — Paris 1901.

SALMOND. — (J.-W.). — *Jurisprudence.* — London 1902.

SCHIRRMEISTER. — *Das bürgerliche Recht Englands* (cf. JENKS).

SMITH (J.-W.). — *Compendium of mercantile law.* — London 1905.

STEVENS. — *The elements of mercantile law.* — London 1897.

WERTHEIM. — *Wörterbuch des englischen Rechts.* — Berlin 1899.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. C. : Appeal cases.

A. et E. : Adolphus et Ellis. Queen's Bench Reports.

App. Ca. : Appeal cases.

B. et P. : Bosanquet et Puller. Reports in the common Pleas (1797-1804).

Bing. N. C. : Bingham. New cases in the common Pleas.

Burr : Burrow. Reports in the King's Bench (1756-1772).

C. B. N. S. : Common Bench Reports. New Series.

Ch. D. : Chancery Division.

Co. Rep. : Lord Coke. Reports.

Cro. Ez. : Croke. Reports (règne d'Elisabeth).

D. et S. : Dewry et Smales. Reports in the Court of vice-chancellor Kindersley.

Ex. : Exchequer Reports.

H. et N. : Hurlstone et Norman. Exchequer Reports.

Ha. : Hare. Reports in Chancery.

L. J. : Law Journal.

L. R. : Law Reports.

M. et W. : Meeson et Welsby. Reports in the Exchequer.

Moo. : Sir Fr. Moore. Reports.

P. C. : Privy Council.

Q. B. : Queen's Bench Reports.

Q. B. D. : Queen's Bench Division.

Sm. L. C. : Smith. Leading cases.

T. R. : Term Reports in the King's Bench by Durnford and East (1785-1800).

Taunt. : Taunton. Reports in the Common Pleas (1807-1819).

Ves. : Vesey, senior. Reports in Chancery (1747-1755).

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER

Historique 9

CHAPITRE II

La *consideration* dans le droit anglais actuel 23

APPENDICE. — Influence de la *consideration* sur le contrat scellé 68

CHAPITRE III

La *consideration* en droit comparé 71

BIBLIOGRAPHIE 87

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 89

Imp. R. de Thorey, Dijon.